THÈSE DE
NANCY.
1891
N°. 1.

ERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE LA

MANUS INJECTIO

COMME VOIE D'EXÉCUTION PERSONNELLE

DROIT FRANÇAIS

DES EFFETS DE L'EXTRANÉITÉ

DES PERSONNES ET DES BIENS

SUR LA DÉVOLUTION DE LA SUCCESSION

EN DROIT CIVIL

ET SUR L'IMPOT DE MUTATION PAR DÉCÈS

EN DROIT FISCAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

Hyacinthe FERRY

RECEVEUR-RÉDACTEUR DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Samedi 6 Juin 1891, à 4 heures du soir.

Président : M. BINET, *professeur*.

Suffragants : MM. LEDERLIN, *professeur, doyen*. — BOURCART, CHRÉTIEN, *agrégés*

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY
TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, PASSAGE DU CASINO.

1891

UNIVERSITÉ DE FRANCE — FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE LA

MANUS INJECTIO

COMME VOIE D'EXÉCUTION PERSONNELLE

DROIT FRANÇAIS

DES EFFETS DE L'EXTRANÉITÉ

DES PERSONNES ET DES BIENS

SUR LA DÉVOLUTION DE LA SUCCESSION

EN DROIT CIVIL

ET SUR L'IMPOT DE MUTATION PAR DÉCÈS

EN DROIT FISCAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

Hyacinthe FERRY

RECEVEUR-RÉDACTEUR DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Samedi 6 Juin 1891, à 4 heures du soir.

Président : M. BINET, *professeur.*

Suffragants : MM. LEDERLIN, *professeur, doyen.* — BOURCART, CHRÉTIEN, *agrégés*

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

NANCY

TYPOGRAPHIE G. CRÉPIN-LEBLOND, PASSAGE DU CASINO.

1891

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

MM. LEDERLIN ✻, I ⚜, Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

JALABERT ✻, I ⚜, Doyen honoraire.

LOMBARD (Ad.) ✻, I ⚜, Professeur de Droit commercial, Chargé du cours de Droit des gens.

LIÉGEOIS, I ⚜, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours d'Histoire du Droit.

BLONDEL, I ⚜, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel.

BINET, I ⚜, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I ⚜, Professeur de Code civil.

GARNIER, I ⚜, Professeur d'Économie politique.

MAY, I ⚜, Professeur de Droit romain.

GARDEIL, A ⚜, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, A ⚜, Professeur de Procédure civile.

BOURCART, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain,

GAVET, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français et du cours d'Éléments du droit constitutionnel et organisation des pouvoirs publics.

CHRÉTIEN, A ⚜, Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.

LACHASSE, I ⚜, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A M. BŒSPFLUG

DIRECTEUR DE L'ENREGISTREMENT, A NANCY

HOMMAGE

DE PROFONDE GRATITUDE ET D'AFFECTUEUX DÉVOUEMENT

DROIT ROMAIN

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — Précis, 3e éd., p. 819 sq.

Bekker. — Die aktionen des römischen privatrechts, Berlin 1871, p. 19 sq.

Bethmann Hollweg. — Der römische civilproz., Bonn 1864, t. I, p. 107 et 156 ; t. II, p. 196.

Carle. — Origini del diritto romano, Turin 1888, p. 186, 203, 206 sq, 560 sq.

Declareuil. — La Justice dans les coutumes primitives (Nouvelle Revue historique de droit), 1889, p. 155 sq.

Didier-Pailhé. — *Cours élémentaire de Droit romain*, Paris, 1878, p. 596 sq.

Duruy. — Histoire des Romains, t. I, p. 209, 284 sq.

Exner. — Die stelle über die « manus injectio » in der lex Coloniæ Genetivæ, Zeitsch. f. R.-G. t. XIII (1878), p. 392.

Fietta. — Étude sur l'origine de la théorie classique des actions, Nancy, 1889, p. 22 sq, 55 sq, 66 sq, 131 sq, 141 sq.

Gauckler. — Étude sur le « vindex », Paris, 1889, et *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger* sept.-oct. 1889.

Jhering. — La faute en droit privé (trad. de Meulenaere, Paris, 1880).

Jhering. — Esprit du Droit romain (trad. de Meulenaere, Paris, 1877-78), t. I, p. 119, 125, 128, 130, 133, 135, 154 sq, 186 sq ; t. III, p. 323.

Keller. — Des actions (trad. de Capmas, Paris, 1870), p. 80 sq, 207, 226 et 241.

KRUGER. — Geschichte der « capitis deminutio », Breslau, 1887.

LATREILLE. — Histoire des institutions judiciaires des Romains, Paris, 1870, p. 182 sq.

MAY. — Éléments de Droit romain, Paris, 1889, t. II, p. 459 sq.

MAYNZ. — Cours de Droit romain, Paris-Bruxelles, 1874, I § 130.

MUIRHEAD. — Introduction historique au droit privé de Rome, traduit et annoté par G. Bourcart, Paris, 1889, p. 63 sq, 87 sq, 93 sq, 106 sq., 117 sq., 193 sq., 252 ; 260 sq., 563, 564 sq., 585 sq.

NACHBAUR. — Étude sur la procédure « in jure » dans les « legis actiones », thèse pour le Doctorat, Nancy, 1883, p. 49 sq.

ORTOLAN. — Explications historiques des Institutes de l'empereur Justinien, 2e éd., mise au courant par M. Labbé, t. III, p. 499 sq.

LE POITTEVIN. — Des actions de la loi, thèse pour le Doctorat. Cherbourg, 1878, p. 34 sq.

PUCHTA. — Cursus der Institutionen d. Röm. Rechts, t. II, p. 82 sq.

RUDORFF. — Die Prozesseröffnung nach dem Edict, Zeitsch., f. R.-G., t. IV, 1864, p. 36.

RUDORFF. — Römische Rechtsgeschichte, Leipsig, 1859, t. II, p. 86.

TAMBOUR. — Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, 1856, p. 7 sq.

UNGER. — Der prozess mit dem « vindex » bei der « manus injectio » ; Zeitsch, f. R.-G., t. VII (1868), p. 192 sq.

VOIGT. — Die Zwölf Tafeln, Leipsig, 1883, t. 1, p. 166 sq., 575 sq., 616 sq., t. II, p. 499 sq.

ZIMMERN. — Der Römische civilprozess in geschichtlicher, Entwicklung bis auf Justinian, Heidelberg 1829, § 44 sq.

DROIT ROMAIN

DE LA

MANUS INJECTIO

COMME VOIE D'EXÉCUTION PERSONNELLE

CHAPITRE PREMIER

Origine des voies d'exécution sur la personne. — Vengeance privée.

Il peut sembler étrange d'affirmer que le droit de toutes les nations procède de la force individuelle. Et pourtant cette assertion n'a rien que d'exact. Il est incontestable, en effet, que le droit est né de la violence, que sa première sanction a été dans la force physique. Aucune nation civilisée n'admet plus aujourd'hui que l'on se fasse justice à soi-même, que l'on puisse employer la force privée en dehors du cas de légitime défense. Chez les nations primitives, au contraire, c'est le système de la vengeance privée qui apparaît comme le seul moyen de faire reconnaître

son droit. Pour obtenir satisfaction, l'individu lésé est toujours obligé de s'attaquer à la personne de celui dont il a à se plaindre. Est-il en butte à une violence sur sa personne, il la repoussera par la force physique ? Est-il humilié, froissé dans ce qui constitue sa personnalité morale, c'est encore à la force qu'il recourra dans sa surexcitation ? Enfin, est-il lésé dans ses biens, sa vengeance sera encore personnelle, car pour arriver à l'objet qui lui a été volé, pour faire accomplir une obligation qui a été contractée à son profit, il devra dompter le voleur ou le débiteur récalcitrant ?

Lorsqu'on se venge ainsi, c'est donc toujours à la personne de l'adversaire que l'on s'en prend. Cela se conçoit même lorsqu'il ne s'agit que d'atteinte à ses droits pécuniaires. Ce que l'homme possède dans les sociétés primitives, il l'a acquis par la conquête sur la nature, moyennant un déploiement de forces physiques considérable, très souvent au prix de son sang, quelquefois même au péril de sa vie. Il est naturel qu'il fasse payer par une lésion personnelle ce qui lui a coûté une partie de lui-même. En outre, les hommes, dont l'intelligence est peu développée, voient dans toute violation d'un droit, même d'un simple droit de propriété, une atteinte à la personne, et dès lors ils ne sont pas satisfaits par le seul redressement de l'injustice : il leur faut encore le châtiment du coupable.

Cette atteinte à la personne est même la seule chose dont ils se rendent compte. Aussi mesurent-ils uniquement la peine à la lésion qu'ils ont subie ; ils ne se préoccupent, en aucune façon, de l'intention et ne voient que l'effet produit. Peu importe la cause du délit, les circonstances qui l'ont accompagné dans la personne de son auteur : c'est dans la personne du lésé seul que ce délit doit être envisagé. Comme l'a fort bien dit M. Jhering (*De la faute en droit privé*, traduct. de Meulenære, p. 11), les peuples primitifs sont comme les enfants qui se sont heurtés à une pierre ; ils frappent la pierre, et ils la frappent d'autant plus fort que la douleur qu'ils ont soufferte est plus grande. (Comp. Fietta, *Etude sur l'origine de la théorie classique des actions,* Nancy, 1889, p. 55.)

Il en résulte, que le châtiment est extrêmement violent ; que, sous l'empire de l'aveuglement de la passion, on perd absolument de vue la culpabilité de l'auteur du délit ; qu'on ne se contente pas de la simple réparation du préjudice causé, que l'on veut encore une peine pour toute injustice soufferte.

La vengeance privée et l'exécution sur la personne seront longtemps sans disparaître. Elles constitueront les seules sanctions possibles du droit tant que l'organisation des nations restera à l'état embryonnaire ; quelquefois même, on les trouvera encore à l'état d'institutions permanentes lorsqu'on sera en face d'une société déjà convenablement organisée. Les historiens qui ont essayé de faire la genèse de l'humanité, font naître l'Etat soit de la famille, soit de la tribu. Quelle que soit la vérité à cet égard, que les premières agglomérations d'individus aient été le résultat du hasard ou de circonstances qui n'ont rien d'arbitraire ; que les groupements primitifs se soient produits par suite de la seule coexistence d'un certain nombre d'individus sur le même sol, en vue de résister à un ennemi commun, ou, qu'au contraire, les rapprochements soient dus aux liens moins artificiels du sang, notre assertion ne peut être contredite. Ces familles et ces tribus étaient, en effet, autonomes ; elles formaient tout autant de petits Etats souverains, et dès lors elles ne pouvaient se faire rendre justice qu'en recourant à la guerre. On peut donc dire en toute exactitude que les contrats primitifs furent de véritables traités qui ne pouvaient avoir d'autre sanction que la force physique. (Voir Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives ; Nouv. Rev. histor. de Droit*, 1889, p. 163.)

La formation de ces premières agrégations ne fut pourtant pas sans influence sur le droit dans cette période violente. La vengeance privée des individus, ne dépendant que de leur passion, ne connaissait aucune borne, et au lieu de faire disparaître l'injustice, elle créait souvent une injustice nouvelle. Elle était de plus une cause de perturbation profonde pour la tribu et la famille. En effet, comme la communauté des intérêts avait fait naître, entre les membres d'un même groupe, une étroite solida-

rité, tous profitaient des stipulations faites par un seul, de même que tous aussi devenaient responsables de l'engagement contracté par lui ; de sorte que ce n'était, ni au contractant, ni au coupable, pris individuellement, qu'on demandait l'exécution de l'obligation ou la réparation du préjudice causé, mais que la responsabilité appartenait à tous, et que le groupe entier était menacé. La communauté devait, dès lors, essayer de réglementer bien vite l'exercice de la vengeance privée : si le coupable était dans son sein, et s'il n'était pas possible d'apaiser autrement le voisin lésé, elle répudiait toute solidarité avec lui ; elle l'expulsait ou le bannissait ; quelquefois même elle le livrait au groupe ennemi. Le plus souvent, elle entrait en composition avec lui ; elle substituait, à la pleine vengeance privée, la peine du talion, c'est-à-dire qu'elle obligeait l'auteur du délit à subir une peine corporelle proportionnée à la lésion commise ; ou encore, elle donnait une rançon ou satisfaction en argent *(pœna)*. Le groupe, qui avait été lésé dans l'un de ses membres, devait refuser rarement cette composition en nature ou en argent, car il ressentait moins l'injure que l'individu lui-même, et il avait à craindre que l'issue de la guerre privée ne lui fût fatale. Il en résulta ceci, c'est que presque partout les divers membres du corps reçurent une valeur propre : à défaut de composition en argent, on eut droit à une partie du corps du délinquant, proportionnée à la grandeur du délit.

De ce court exposé, on peut tirer les conclusions suivantes :

1° A l'origine, il n'y a à proprement parler que des délits. On ne se préoccupe pas en effet de l'intention de l'auteur du préjudice, ou plutôt l'on répute son intention mauvaise. C'est là un sentiment naturel à une époque, où l'homme suit surtout ses instincts, où l'idée de moralité commence à peine à se faire jour. Cette idée de délit prédomine même, lorsqu'il s'agit de simples contrats. Les peuples primitifs ne connaissent pas le lien qui unit l'obligé et le créancier ; cette relation juridique entre deux personnes est trop abstraite pour eux et leur échappe. Ils n'envisagent l'obligation que dans ses effets et ne se rendent compte que de

son exécution ou de son inexécution. L'exécution est-elle parfaite, tout est pour le mieux ; au contraire l'obligé est-il réfractaire, refuse-t-il de remplir son engagement, alors il y a un véritable délit qui donne lieu à l'exercice de la vengeance privée, ce qui revient à dire que c'est par suite de leur inexécution seulement que l'on acquiert un droit, c'est-à-dire que le délit seul existe.

2° On ne connaît à l'origine que le droit réel. Cela est certain, puisqu'au début, toute infraction au droit est un délit, que tout délit permet de recourir à la vengeance privée, et que cette vengeance privée s'analyse en une sorte de droit réel que le lésé peut exercer sur la personne du coupable (1).

Si la plupart des législations n'ont gardé aucune trace de cette période de formation violente, il n'en est pas ainsi à Rome. Ici, il n'est pas seulement vrai de dire que le droit est né de la force individuelle ; on peut affirmer encore que les Romains n'ont jamais répudié d'une manière absolument complète ces mœurs primitives. Imbus de l'esprit le plus conservateur qu'il soit possible de trouver, ils ont organisé en système juridique la vengeance privée ; et celle-ci sera même encore, à l'époque des XII Tables, la base de leurs institutions juridiques. A cette époque, en effet, on trouve érigée en règle cette idée que la force personnelle est la protectrice légitime et naturelle du droit, qu'il ne faut pas chercher en dehors de soi, non seulement la répression des délits, mais aussi la violation des contrats et des engagements. Dans l'antique droit des Quirites, le mot *manus*, qui implique l'idée d'appréhension matérielle, de force physique, y est partout synonyme de puissance juridique. L'acquisition, c'est l'appréhension avec la main *(manu capere)* ; la transmission de la propriété, c'est l'appropriation unilatérale de l'acquéreur ; la revendication s'opère au moyen d'un véritable combat *(manuum*

---

(1) Voir à ce sujet, Bourcart, sur l'*Origine des contrats, les droits personnels et la procédure primitive à Rome*, en note à sa traduction de l'*Introduction du droit privé de Rome*, de James Muirhead (Paris, 1889, p. 585, sq.).

consertio) ; au début, on en vient réellement aux mains, et plus tard même, quand il y aura des arbitres, des juges, des magistrats, le droit romain gardera encore le simulacre de ce combat.

L'idée de délit s'attache aussi comme autrefois à toute violation de droit. La résistance à une action fondée est toujours un délit. Que cette résistance soit frauduleuse ou non, elle est toujours punie. La perte du *sacramentum* par le défendeur, qui a succombé, a le caractère d'une véritable peine. Dans le Digeste même, nous trouvons encore des traces de cette ancienne idée que l'inexécution seule d'un engagement fait naître l'obligation. Pomponius (81, § 1, D. 46, 3) suppose qu'un individu tient un dépôt d'une personne qui est morte en laissant plusieurs héritiers. Si l'un de ces héritiers lui réclame le dépôt, et s'il le lui donne tout entier, il échappe à toute action ultérieure, non pas à proprement parler, dit Pomponius, parce qu'il est libéré, mais plutôt parce qu'il ne laisse pas l'obligation prendre naissance (1).

Enfin, la personne constitue toujours la principale garantie des engagements. Dans le contrat de *nexum*, contrat ancien de la plus haute importance, et peut-être même acte général destiné à réaliser les emprunts, c'est la personne du débiteur qui sert de gage au créancier. La *manus injectio*, dont nous voulons nous occuper ici, nous apparaît comme une mainmise sur la personne du débiteur, pour l'obliger à exécuter son engagement. Elle constitue ainsi un acte d'exécution personnelle dirigée contre le délinquant. Et ce n'est pas seulement dans cet effet principal de la *manus injectio*, que nous retrouvons la trace de l'ancien système de la vengeance privée : la théorie des restitutions à fournir par l'*addictus*, l'intervention du *vindex*, sont autant de vestiges du système des compositions pécuniaires et de l'antique solidarité qui liait les communautés.

---

(1) Cicéron, *pro Cæc.*, C. 3, 7, dit également: *qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciæ rationem fraudaverit quempiam.*

CHAPITRE II

De l'étendue de la « manus injectio », et de son développement historique.

Nous venons de dire que la *manus injectio* est une mainmise sur une personne dont on fait pour ainsi dire sa chose. Gaius la range parmi les actions de la loi : « *Lege agebatur modis quin-* « *que, sacramento, per judicis postulationem, per condictio-* « *nem, per manus injectionem, per pignoris capionem* » (IV, 21). Certains auteurs lui ont pourtant refusé ce caractère, sous prétexte que l'exécution d'un jugement ne saurait constituer un procès nouveau. Mais leur théorie ne peut se soutenir en face de l'affimation des plus nettes de Gaius. La *manus injectio*, à l'époque des XII Tables, du moins, présente d'ailleurs, comme le *sacramentum*, la solennité dans les actes et dans les paroles. Celui qui exerce la *manus injectio*, en même temps qu'il appréhende au corps le débiteur récalcitrant (*aliquam partem corporis prendebat*), prononce les paroles solennelles suivantes : « *Quod tu mihi judicatus sive damnatus sestercium X millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem tibi sestercium X millium judicati manus injicio.* » Donc, s'il est vrai, comme le dit Gaius, que le caractère essentiel de l'action de la loi, c'est d'être *ipsarum legum verbis accommodata*, nous sommes évidemment ici en face d'une véritable action de la loi, car la formule que nous venons de mentionner contient précisément les expressions mêmes employées par la loi des XII Tables. Nous verrons, d'ailleurs, dans nos explications ultérieures, que la *manus injectio* sert, à l'époque des XII Tables, à intenter une catégorie d'actions tout au moins, celles qui dérivent du *nexum*. En ce qui concerne ces actions, la *manus injectio* n'était donc pas

simplement procédure d'exécution ; elle était encore déclarative du droit (1).

Il y a cependant quelque chose d'exact dans l'opinion que nous combattons, c'est que la *manus injectio* n'est pas d'une manière absolue une action de la loi. Lorsqu'elle est exercée contre les *judicati* ordinaires, elle n'est acte de procédure que conditionnellement ; elle n'a lieu *in jure* que si le débiteur, sur lequel la mainmise a été opérée, ne s'est pas libéré immédiatement. Dans le cas contraire, elle n'a plus de raison d'être, puisque l'obligation a été exécutée. En outre, comme nous le verrons plus loin, elle ne paraît pas avoir été au début une action de la loi ; elle a d'abord été extrajudiciaire, et ce n'est probablement guère que vers l'époque des XII Tables, qu'elle a constitué une procédure dans le sens juridique du mot.

La loi des XII Tables, en parlant de la *manus injectio*, dit qu'elle s'exerçait contre les *œris confessi* et contre les *judicati : œris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Post deindè manus injectio esto.* Mais que faut-il entendre par ces mots : *œris confessi* et *judicati* ? Une grande controverse existe à cet égard.

1^er^ Système. — Dans une première opinion, on interprète littéralement les mots de la loi des XII Tables « *œris confessi* « *rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto* » (A. Gelle, *Noct. Att.* XX, 1, §§ 41–51). Le sens exact de ces mots est celui-ci : Pour les dettes d'argent avouées et les jugements réguliers, il y aura trente jours de grâce. On veut que les mots *œris confessi* visent uniquement la reconnaissance formelle faite *in jure* dans la première phase de la procédure, et avant le renvoi devant le juge, en un mot, l'aveu qu'on a appelé à l'époque classique la

(1) D'après Jhering, le magistrat ne joue un rôle actif que quand il intervient un *vindex*. En tous autres cas, le *manus injectio* reste un simple acte de justice privée. (*Esprit du Droit romain*, traduct. Meulenære, p. 156). May, *Éléments de Droit romain*, t. II, p. 460, admet le même système.

confessio in jure, et que les expressions *rebus jure judicatis* s'appliquent seulement aux jugements rendus par le juge après le renvoi du magistrat. Ce système exclut les simples *nexi*, c'est-à-dire les débiteurs qui ont affecté leur personne à la garantie d'un emprunt. Quant à ces derniers, il n'est pas besoin de les conduire devant le magistrat : en vertu du contrat de *nexum* lui-même, le créancier peut utiliser leurs services, et même les charger de chaînes, car il a sur eux le *mancipium*. Pourra-t-il les tuer ? car comme nous le verrons plus tard, les *addicti* pouvaient être mis en pièces. Sur ce point, tous les partisans du système que nous venons d'indiquer sont loin d'être d'accord. La plupart toutefois n'osent pas admettre cette extrême rigueur, à défaut de textes exprès, et malgré les récits des historiens qui assimilent toujours les *nexi* aux *addicti*. (Brinz, *Grünhät's Zschr.*, vol. 1, p. 22, cité par Muirhead, trad. Bourcart. p. 199.)

2e Système. — On admet que les termes *œris confessi* désignent les simples *nexi*, et que les mots *rebus jure judicatis* s'appliquent, à la fois, à l'aveu fait devant le magistrat et aux sentences judiciaires proprement dites, c'est-à-dire aux décisions rendues par le juge. On sait, en effet, que le *nexum* naissait d'une obligation *per æs et libram*. Or, il y a une très grande analogie entre l'obligation née *per æs et libram* et le *judicatum*. Pour créer le *nexum*, il fallait que l'emprunteur reconnût l'existence de la dette dans les termes *dare damnas sum*, expressions qui impliquent l'idée d'une reconnaissance parfaite, analogue à l'aveu judiciaire. En outre, la création de la *nexi obligatio* nécessitait l'intervention de cinq citoyens qui assistaient à la procédure en qualité de témoins. L'existence du *nexum* était donc publique comme celle du *judicatum*. L'obligation née d'une sentence judiciaire pouvant donner lieu à la *manus injectio*, pourquoi n'en aurait-il pas été ainsi du *nexum* ?

Cette théorie, ajoute-t-on, trouve dans les textes les plus sérieux appuis. Gaius, dans ses Commentaires (III, 173), assimile au point de vue du payement les débiteurs *per æs et libram* (*damnati*) à ceux dont la dette résulte d'une sentence judiciaire

(*judicati*). L'un et l'autre, dit-il, éteignent leur obligation au moyen d'un payement *per æs et libram*. Dans son quatrième Commentaire (§ IV, 21) lorsqu'il rapporte la formule que doit prononcer le *manum injiciens*, Gaius rapproche encore les expressions de *damnati* et de *judicati* (*quod tu mihi judicatus sive damnatus*). Il indique ainsi que dans sa pensée les *damnati* aussi bien que *judicati* pouvaient être soumis à la *manus injectio*. Or, par *damnati* on ne peut entendre que les *nexi*, car ceux-ci se trouvaient seuls à cette époque soumis à l'obligation *per æs et libram* (1).

Il est à remarquer, en outre, que dans la formule rapportée par Gaius, il n'est pas question de la *confessio in jure*. Comme il est impossible de penser un seul instant qu'un aveu de cette nature aurait été sans effet, on est forcé d'admettre que les *confessi in jure* étaient rangés dans la catégorie des *judicati*.

Cette dernière assertion se trouve confirmée par la *lex coloniæ genetivæ*. Le chapitre LXI de cette loi qui s'occupe de la *manus injectio* indique que cette procédure s'applique seulement aux *judicati* : « *Judicati jure manus injectio esto... vindex arbi-* « *tratu duumviri quive jure dicundo prærit locuples esto.* « *Ni vindicem dabit judicatumve faciet secum ducito.* » Le silence de la loi, dit-on, s'explique très bien en ce qui concerne les *nexi*, puisque la loi *Pœtilia* les fit disparaître. Mais on ne comprendrait pas pareille omission en ce qui concerne les *confessi in jure* qui très certainement pouvaient être soumis aux rigueurs de la *manus injectio*. C'est donc que la loi coloniale, conformément à un usage constant, comprenait, sous le nom de *judicati*, à la fois les *confessi in jure* et les *judicati* dans le sens étroit du mot.

M. James Muirhead qui a développé ce système (*Introduction*

---

(1) Gaius mentionne bien qu'il y a deux catégories de *damnati*, les débiteurs *per æs et libram* et les héritiers chargés de legs dans la forme *dare damnas esto*. Mais cela n'est exact que pour le moment où écrit Gaius. A l'époque des XII Tables les legs de cette catégorie étaient encore inconnus.

historique au droit privé de Rome, trad. Bourcart, Paris, 1889, p. 194), n'applique pas au *nexus* toutes les dispositions de la loi des XII Tables. Le *nexus*, d'après lui, devait seulement être amené devant le magistrat afin qu'il pût prouver s'il y avait lieu, la *nexi liberatio*. Mais toute la procédure pour le *nexus* s'arrêtait là : s'il ne niait pas la dette, ou s'il était reconnu par le préteur que ses dénégations étaient fausses, le créancier l'emmenait de sa propre autorité, sans aucune *addictio* du magistrat, et sans qu'il fût possible d'intervenir en qualité de *vindex*.

Cette dernière conclusion dérive, en effet, d'une manière presque nécessaire, du système formulé par M. Muirhead, car il est à remarquer que la suite du texte de la loi des XII Tables, ne parle plus de *l'æs confessum*, mais seulement du *judicatus* : *Ni judicatum facit*, etc. Etant admis que les mots *æris confessi* et *judicati*, ont le sens défini qu'on leur prête, on doit reconnaître que toutes les formalités, dont il est question dans la suite du texte des XII Tables et qui sont relatives à l'intervention du *vindex*, à la *domum ductio* et à l'emprisonnement, ne concernent que le *judicatus*.

3e Système. — La vérité nous paraît être dans un troisième système enseigné par MM. Krüger (*Gesch. d. cap. dem.*, t. 1, p. 289 sq., 334 sq., et Bourcart, *Sur l'origine des contrats, les droits personnels et la procédure primitive*, en note à sa traduction de Muirhead, p. 585). D'après ces auteurs, le *nexus* aurait toujours été soumis à la *manus injectio*. Avant les XII Tables, il y aurait été soumis directement et sans jugement, la *manus injectio* n'étant à cette époque qu'un acte de pure justice privée, et ayant par conséquent toujours un caractère extrajudiciaire. Un peu avant la loi des XII Tables, la *manus injectio* aurait été enserrée dans les actions de la loi, et elle serait devenue ainsi une véritable procédure. A partir de ce moment, le *nexus* n'aurait plus été, en cette seule qualité, soumis aux rigueurs de la procédure d'exécution ; il aurait dû, pour y être assujetti, ou avoir avoué devant le magistrat, ou avoir été condamné par lui, c'est-à-dire qu'à partir de cette époque, pour pouvoir être exécuté, il faut qu'il

soit devenu *confessus in jure,* ou *judicatus*. Le *nexus*, devenu ainsi *judicatus*, ne diffère qu'en un seul point du *judicatus* ordinaire, c'est que, en ce qui le concerne, la condamnation a été prononcée par le magistrat lui-même, sans renvoi devant le juge, c'est-à-dire que la *manus injectio* a été ici introductive d'instance, a servi à intenter l'action. Dans cette opinion, on pense donc que les mots *æris confessi,* et *rebus jure judicatis* de la loi des XII Tables s'appliquent, les premiers aux *confessi in jure*, et les seconds aux *judicati*, chacune de ces dernières expressions comprenant également les *nexi* qui, avant de subir la procédure d'exécution, ont dû avouer devant le magistrat ou avoir été condamnés.

Voici comment M. Bourcart résume, d'après M. Krüger, les diverses phases de l'évolution du *nexum* et de sa sanction la *manus injectio* :

« 1° L'opération *per æs et libram* produit immédiatement tous « ses effets. L'emprunteur exerce la *manus injectio* sur la somme « prêtée, après quoi le préteur exerce tout de suite la *manus* « *injectio* sur la personne de l'emprunteur, qui devient la chose « du préteur, tombe ainsi en servitude, et subit une *capitis demi-* « *nutio*, en sorte que son patrimoine en y comprenant, bien « entendu, la somme prêtée passe à sa famille.

« 2° L'usage introduit dans le *nexum* une *lex dicta* par la- « quelle le *nexo accipiens* se déclare tenu de restituer *l'æs* « *certum* qu'il a reçu. Cette *lex dicta* n'ajoute rien au droit *du* « *nexo dans*, ne lui donne pas d'action personnelle, au sens « moderne du mot, pour réclamer la restitution ; loin d'ajouter à « ses droits, son seul effet est de retarder chez lui l'exercice de « la *manus injectio*, jusqu'à ce que le débiteur n'exécute pas la « *lex dicta*. Le *nexum* est donc devenu une opération à crédit, « sans avoir perdu pour cela son caractère réel. La déchéance du « *nexus* se manifeste par la nécessité d'un *vindex*, pour contes- « ter la *manus injectio*. Si l'emprunteur restitue, il faut natu- « rellement peser de rechef *l'æs certum* qu'il apporte ; cela « nécessite un nouvel acte *per æs et libram*, qui est l'analogue

« et la contre-partie du premier, la *nexi liberatio*. C'est peut-
« être la première application, même l'origine de correspon-
« dance entre les modes de création et d'extinction des droits.

« 3° Un nouveau changement fut réalisé par une loi que les
« dernières révisions de Studemund, conduisent à appeler « *Val-*
« *lia* » (G. IV, 25), mais qui pourrait bien être une loi très
« ancienne, et non pas une loi « *Vallia* », mais une loi « *Valeria* »,
« comme Huschke l'avait autrefois supposé, et sans doute une loi
« *Valeria Publicola de provocatione* », rendue la première
« année de la République, pour défendre d'infliger à un citoyen
« romain une peine emportant privation de la vie, de la liberté,
« ou du droit de cité, sans la garantie d'un appel au peuple, *pro-*
« *vocatio ad populum* (Voir Ortolan, 12e éd., t. I, Paris 1884,
« p. 90 ; Lange, *Histoire intérieure* (Berthelot et Didier) p.
« 122 sq. ; — Comp. Salkowski, *Institutionen*, 4e éd., Leipzig
« 1883, pp. 281, 465.) L'application de cette loi conduisait à res-
« treindre la *vindicatio in servitutem*, telle qu'elle existait
« auparavant. La loi décida donc que le débiteur pourrait lui-
« même *depellere manum* (en supposant, bien entendu, qu'il fût
« capable, *i. e. sui juris*), et, sans qu'il fût besoin de *vindex*,
« reculer l'exécution personnelle et la contester. A dater de ce
« moment, *la manus injectio* change de caractère. Elle n'est
« plus extrajudiciaire que dans son premier acte. Au fond, comme
« ce premier acte est suivi d'une instance, terminée par un juge-
« ment, ou encore d'une *confessio in jure*, qui équivaut à un
« jugement, ce n'est plus le *nexum*, mais la sentence (ou son
« équivalent) qui rend la *manus injectio* valable et définitive, sert
« de fondement à la *vindicatio in servitutem*. La *manus injec-*
« *tio* n'est plus un reflet de la vengeance privée, mais une sanc-
« tion rigoureuse du jugement ; elle n'est plus une action *nexi*,
« mais une *actio judicati*. Comp. Declareuil « La justice dans
« les coutumes primitives » *Nouv. Rev. hist.* 1889, p. 182. Alors
« aussi s'établit une confusion entre le *nexus* et *l'addictus*,
« parce que les textes rapportent tous les effets de l'exécution au
« jugement, et qu'en réalité le *nexus* est devenu *addictus*.

« 4° Enfin, la loi des XII Tables rendit inutile ce premier acte « extrajudiciaire de la *manus injectio*, en organisant un moyen « de faire venir son adversaire en justice, la *vocatio in jus*, dans « laquelle on voit encore à l'arrière-plan, l'ancienne *manus* « *injectio*, qui intervient, s'il est nécessaire : « *Si calvitur*, « *pedemve struit*, *manum endojacito* ». Le lien de la *vocatio* « *in jus* avec l'ancienne *manus injectio* apparaît encore dans ce « fait que, lorsqu'on n'y obéit pas, il faut se faire remplacer par « un répondant, qui porte toujours le nom de *vindex* et soutient « le procès à votre place. (Ce souvenir a persisté même après la « suppression des *legis actiones ;* on en trouve des traces dans « le passage de Martial, cité par M. Benech, les *Classiques latins*, « Paris, 1853, p. 227. Voir Gauckler, « *Etude sur le « vindex* », « *Nouv. Rev. hist.*, 1889, p. 601, sq.) »

Ce système renferme, sans doute, comme toutes les autres théories que l'on a proposées, quelque chose de conjectural. Il est difficile cependant de ne pas en reconnaître l'exactitude tout au moins dans ses traits généraux.

D'abord, il a sa confirmation dans les idées que nous avons émises au début de cette étude. Il est évident qu'entre la force brutale et le système raisonné et juridique des actions de la loi, il y a eu quelque chose, et ce quelque chose ne peut avoir été que la *manus injectio* extrajudiciaire. Cette dernière a dû être le premier moyen de procédure général, le seul en usage avant l'institution des pouvoirs judiciaires, qui paraissent être nés assez tard à Rome. D'après M. Declareuil, en effet (*La justice dans les coutumes primitives, Nouv. Rev. hist.*, 1889, p. 203, sq., 219, sq.), les familles romaines sont restées longtemps autonomes au point de vue du droit. Les premiers rois ne paraissent avoir eu qu'un rôle purement administratif, et en matière de magistrats on n'a eu pendant longtemps que des arbitres volontaires qui, n'ayant aucune force à leur disposition, n'ont guère pu songer à imposer leurs décisions. Aucun pouvoir judiciaire supérieur aux parties n'a donc existé à cette époque lointaine, et il n'a pu être question

à ce moment de sentence exécutoire. Pourtant, il arriva de bonne heure que cet arbitre volontaire fut choisi parmi les plus puissants ; on finit même par avoir l'habitude de nommer le roi. Dès lors, celui auquel le médiateur avait donné raison put facilement réaliser son droit ; car il avait pour lui l'autorité de l'arbitre, et l'assentiment des autres membres de la *gens* ou des autres *gentes* qui avaient intérêt à éviter des conflits généraux. Les sentences de l'arbitre, dépourvues d'abord de toute force juridique, finirent ainsi par pouvoir être exécutées facilement par la partie elle-même. Lorsque la puissance des rois se fut accrue, ce qui était un usage, devint une obligation ; il fut absolument nécessaire, avant d'exercer son droit, de le faire consacrer soit par le roi, soit par les magistrats auxquels il avait délégué son autorité. A partir de cette époque, la procédure proprement dite était née, et la justice, bien que sanctionnée toujours par l'exécution personnelle, n'était plus purement privée ; il y eut des magistrats et des arbitres ; on distingua le *jus* du *judicium*. Il fallut, avant de se venger, exercer certaines actions, faisant reconnaître le droit et dont la principale fut le *sacramentum*. Cette évolution changea également le caractère de la *manus injectio*. Dans le cas où on se trouva en présence d'actions pouvant être intentées dans la forme du *sacramentum*, la *manus injectio* fut réduite au rôle de sanction des jugements. Sans doute, l'intervention du magistrat fut nécessaire, mais ce fut uniquement pour autoriser l'exécution. Ce fut seulement en ce qui concerne le *nexum*, dans lequel on engage sa personne en garantie des obligations contractées, qu'elle resta procédure introductive d'instance, aussi bien que voie d'exécution. Le *nexum* étant fait devant témoins et comportant la solennité dans les actes et dans les paroles, il n'y eut pas besoin probablement de renvoi devant le juge, car il n'y avait aucune appréciation sérieuse à faire. Le droit était clair, il suffisait au magistrat pour le reconnaître de faire comparaître les témoins. S'il admettait les prétentions du *manum injiciens*, il jugeait donc lui-même ; le défendeur devenait ainsi directement *judicatus*. Après un délai de trente jours, écoulé à la suite de ce

jugement préalable, le créancier pouvait rappeler *in jus* son débiteur, et se le faire adjuger (1).

Notre thèse se concilie aussi d'une manière très nette avec les textes. Elle rend compte de la définition de Servius, qui représente la *manus injectio* comme dérivant de la justice privée (2), et de celle de Gaius qui la range parmi les actions de la loi. Servius entend parler du sens originaire de la *manus injectio* qui émane du système de la vengeance privée et qui a toujours gardé dans sa forme les traits principaux de l'ancien système de la force brutale. Gaius, au contraire, se réfère à l'époque des XII Tables, où la *manus injectio* nécessite l'intervention du magistrat, et sert même, en cas de *nexum*, à introduire l'instance. Elle explique aussi pourquoi Gaïus rapproche les *judicati* et les *damnati* et pourquoi la loi des XII Tables ne parle que des *judicati* et des *confessi in jure*, car il est impossible de traduire les termes *œris confessi* par dettes nées du contrat de *nexum*, le terme de *confessus* ayant toujours été entendu de l'aveu judiciaire.

Enfin ce même système permet de comprendre facilement deux règles admises à l'origine par le droit romain, la règle de l'intransmissibilité passive des actions et ce principe que les actions se donnent *in integrum* contre chacun des auteurs d'un délit. Du moment, en effet, que toute action est fondée sur l'idée de vengeance, celui-là seul doit la subir qui a fait le mal, et il doit la subir toute entière, car la vengeance est indivisible.

Si vraisemblable que paraisse l'interprétation que nous venons de proposer, elle n'en a pas moins prêté le flanc à la critique. Deux objections ont pu lui être faites, et M. Bourcart lui-même ne se dissimule pas qu'elles ont un caractère sérieux (*loc. cit.*, p. 596).

---

(1) Les textes ne mentionnent, en effet, nulle part que le *nexus* dût être renvoyé devant un juge spécial. May admet pourtant ce renvoi devant un *judex* (*Éléments de droit romain*, t. II, p. 460).

(2) *Manus injectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate ex spectata rem nobis debitam vindicamus* (Servius, *in Aen.*, X, 419).

1° Gaius, dans son quatrième Commentaire, énonce que le *sacramentum* était général, c'est-à-dire qu'il s'appliquait à tous les cas donnés, et il paraît ne voir dans la *manus injectio* qu'une procédure d'exécution. Il faudrait en conclure que la procédure du *sacramentum* a été la plus ancienne, car il est vraisemblable que la procédure introductive d'instance a précédé la procédure d'exécution. Mais apparemment Gaius se place à l'époque où la *manus injectio* s'était transformée, et où le contrat de *nexum* avait disparu. Son assertion, exacte pour la période postérieure à l'évolution, ne l'est pas pour la période antérieure, puisque à l'époque des XII Tables, dans un cas au moins, dans le cas de *nexum*, il n'y avait pas besoin de recourir au *sacramentum*. Cette *manus injectio* extrajudiciaire dont nous avons fait découler la *manus injectio*, voie d'exécution des jugements, n'avait d'ailleurs pas encore disparu à l'époque classique. Elle était encore donnée à ce moment à un père sur son enfant, à un maître sur son esclave (Tit.-Liv. III, 44), au patron sur son affranchi. Le maître qui voulait replacer un esclave sous sa puissance, le *pater familias* qui voulait faire réintégrer à son fils *alieni juris* la maison paternelle, pouvaient encore recourir de leur propre autorité à des appréhensions de fait (*injicere manum*). Enfin, elle était encore autorisée par la loi des XII Tables, contre certaines personnes libres, comme dans *l'in jus vocatio*. Lorsque la personne assignée en justice refusait d'obtempérer à l'ajournement, on pouvait l'entraîner de vive force devant le magistrat. Dans tous les cas que nous venons d'indiquer, il n'y avait pas d'action de la loi, car il n'y avait ni l'intervention du magistrat, ni les formalités symboliques, ni les paroles solennelles qui étaient nécessaires pour introduire l'instance (*agere et dicere actiones*). La communauté d'origine entre toutes ces *manus injectiones* et celle que nous étudions paraît évidente ; celle-ci n'a dû être au début elle-même qu'une variété de la *manus injectio* extrajudiciaire, ou plutôt il n'y a au début qu'un seul moyen de réaliser tout droit, c'est de mettre

la main sur le débiteur (*injicere manum*), c'est de se faire justice soi-même en dehors de toute intervention de l'autorité.

2° A Rome, un citoyen romain ne pouvait être réduit en esclavage au profit d'un autre citoyen. Les XII Tables admettent qu'il en est ainsi, puisqu'elles prohibent la vente de l'*addictus* dans l'enceinte de Rome. Or, notre théorie suppose précisément que les créanciers pouvaient réduire, au début au moins, les débiteurs en esclavage de leur propre autorité. Cette seconde objection n'est pas non plus insoluble. S'il est certain, en effet, qu'à l'époque classique, le citoyen romain ne pouvait devenir esclave à Rome, rien ne prouve qu'il en était ainsi au début. Un texte de Gaius relatif au voleur manifeste, déclare qu'il devenait *addictus* (III, 189) ; on se demandait, dit Gaius, si l'effet de cette *addictio* était de rendre l'*addictus* esclave de celui auquel il était attribué ou s'il se trouvait simplement dans la situation d'un *judicatus*. Puisque la question était discutée, on peut très bien, quand l'on a à faire valoir toutes les raisons que nous avons données, opter pour l'esclavage. On le peut d'autant mieux que Gaius lui-même déclare que la peine était capitale. De nombreux textes d'ailleurs indiquent qu'à l'époque des XII Tables, le *nexus* était esclave de fait (1). Si à l'époque des XII Tables, on peut distinguer l'état de fait de l'état de droit, en était-il ainsi déjà à cette époque éloignée jusqu'à laquelle nous remontons ? Il est permis de croire que non. Il est fort possible, comme le disent MM. Krüger et Bourcart (*loc. cit.*, p. 597), que la défense de réduire à Rome un citoyen romain en esclavage n'ait été formulée qu'au début de la République, un peu après la promulgation des *leges Valeriæ* et peut-être sous leur influence. Ces auteurs pensent, d'ailleurs, qu'à l'époque primitive, la *manus injectio* ne pouvait être exercée qu'à la suite d'une loi. Ils interprètent

---

(1). Varron notamment donne du *nexus* cette définition: *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat dabat dum solveret nexus vocatur* (*De ling. lat.* VI, 5).

en ce sens le passage où Gaius déclare qu'il fallait une loi pour autoriser la *manus injectio* : « *Per manus injectionem œque de quibus ut ita ageretur, lege aliqua (Aqlia) cautum est* ». Les cinq témoins, qui doivent assister à la formation du *nexum*, semblent aussi rappeler une époque ancienne où le contrat de *nexum*, aurait dû être fait devant les cinq classes de la société. Si donc, comme on le suppose, une loi a été nécessaire pour autoriser le *nexum* et la *manus injectio*, n'est-ce pas parce que l'un et l'autre intéressaient la liberté des citoyens romains ?

On a émis quelquefois cette idée que la *manus injectio* ne s'appliquait qu'à l'égard des Plébéiens, tandis que le *sacramentum* aurait été la procédure en usage entre les Patriciens (Carle, *Origini del diritto romano*, Turin 1888, pp. 186, 203, 206 sq , 560, sq , cité par Bourcart, *loc. cit.*, p. 599). Mais ainsi présentée cette idée est inexacte. Il est incontestable, sans doute, que la *manus injectio* a été surtout employée contre les Plébéiens presque toujours pauvres et besogneux ; il est certain aussi, que, de très bonne heure, les Patriciens ont eu recours à la procédure du *sacramentum*. Cette dernière action est née, en effet, du pari, et l'on sait que, chez les peuples primitifs, le pari est employé comme moyen de trancher les différends entre les membres qui sont les plus puissants, et chez lesquels le sentiment de l'honneur paraît le plus développé. Mais on ne saurait conclure de ces circonstances que juridiquement on ne pouvait contraindre par la *manus injectio* les Patriciens à accomplir une obligation contractée. Il est absolument impossible de concevoir le *sacramentum* sans une procédure d'exécution, et il n'y a d'autre exécution possible, dans cette période du droit, que la *manus injectio*. S'il est vrai, comme nous croyons l'avoir démontré, que la *manus injectio* est née de la vengeance privée, son caractère général ici encore se trouve établi, car vraisemblablement elle est antérieure à l'organisation du Patriciat et de la Plèbe. La communauté d'origine que nous avons supposée entre toutes les *manus injectiones* judiciaires et extrajudiciaires vient confirmer notre opinion. Si la qualité de *pater familias*, qualité

réservée au début, aux seuls patriciens, permet d'exercer sur le fils de famille une *manus injectio* extrajudiciaire, si on peut obliger dans la *vocatio in jus* un patricien à venir en justice en l'appréhendant au corps. on peut certainement aussi forcer un patricien à satisfaire à une sentence du juge par l'exécution personnelle. A l'époque des XII Tables, d'ailleurs, il n'y a plus de contestation possible, car les dispositions de cette loi relatives à la *manus injectio* sont générales et absolues, et la condition juridique des plébéiens et des patriciens au point de vue du droit privé est devenue la même depuis Servius Tullius.

CHAPITRE III

Des formes et des effets de la « manus injectio » à l'époque des XII Tables.

C'est Aulu-Gelle qui nous a laissé les principaux renseignements sur la procédure employée dans la *manus injectio*, comme voie d'exécution des jugements. D'après l'exposé qu'il met dans la bouche d'Africain, les expressions mêmes de la loi des XII Tables auraient été les suivantes : « *Æris confessi rebusque jure* « *judicatis triginta dies justi sunto. Post deindè manus* « *injectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit aut quis* « *endo eom jure vindicet, secum ducito. — Vincito aut* « *nervo, aut compedibus, quindecim pondo ne majore ; aut* « *si volet, minore vincito. Si volet suo vivito ; ni suo vivit,* « *qui em vinctum habebit libras farris in dies dato ; si* « *volet, plus dato.* » — Africain, après avoir rappelé ces dispositions des XII Tables, fournit lui-même les explications suivantes : « *Erat autem interèà jus paciscendi, ac, nisi pacti forent,* « *habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies,* « *trinis nundinis continuis, ad prætorem in comitium pro-*

« *ducebantur, quantœque pecuniæ judicati essent, prædi-*
« *cabatur. Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant,*
« *aut trans Tiberim peregre venum ibant. Sed eam capitis*
« *pœnam sanciendæ, sicut dixi, fidei gratia, horrificam*
« *atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam red-*
« *diderunt. Nam si plures forent, quibus reus esset judicatus,*
« *secare si vellent atque partiri corpus addicti sibi hominis*
« *permiserunt. Et quidem verba ipsæ legis dicam, ne existi-*
« *mes invidiam me istam fortè formidare : Tertiis nundinis*
« *partis secanto ; si plus minusve secuerunt, se fraude esto.*
« *Nihil profecto immitiùs, nihil immanius : nisi, ut re ipsa*
« *apparet, eo consilio tanta immanitas pœnæ denuntiata*
« *est, ne ad eam unquam perveniretur. Addici namque nunc*
« *et vinciri multos videmus ; quia vinculorum pœnam*
« *deterrimi homines contemnunt. Dissectum esse antiquitus*
« *neminem equidem neque legi neque audivi. Quoniam*
« *sœvitia ista pœnæ contemni non quita est.* » (*Nuits att.* XX, 1.)

D'après le texte de la loi des XII Tables rappelé par A.-Gelle, c'est seulement après un délai de 30 jours que le créancier peut exercer la *manus injectio*. Ce délai commence à courir du jugement ou de l'aveu en justice. Au début, pur acte de justice privée, la *manus injectio* n'exigea probablement aucune forme déterminée ; à cette époque reculée, elle était sans doute réglée par l'usage, et son application plus ou moins rigoureuse ne devait dépendre que du créancier. Un peu plus tard, elle dut probablement, comme nous l'avons dit, être autorisée par une loi (voir ci-dessus, chap. II, p. 26). A l'époque des XII Tables, elle est d'une application plus compliquée, et elle nécessite l'emploi d'un certain nombre de formalités. Les textes sont muets sur les premières formalités qui étaient remplies. Il est probable que l'acte initial de la procédure consistait dans une sommation de se rendre devant le magistrat, et en cas de résistance dans une appréhension de fait du débiteur. Il devait en être ici comme dans la *vocatio in jus* où le créancier était autorisé à entraîner de vive

force, devant le magistrat, le défendeur qui refusait d'obéir à sa sommation « *obtorto rapere collo* » (A.-Gelle, XIII, 13).

L'orsqu'il s'agissait d'un *nexus*, le magistrat ne prononçait pas immédiatement l'*addictio* ; si le débiteur n'avouait pas, il examinait la demande du créancier, et condamnait le défendeur à payer ou le renvoyait absous. En cas de condamnation ou d'aveu *in jure*, le *nexus* avait à partir de cette première comparution, comme le *judicatus* ordinaire, un délai de trente jours pour se libérer. S'il ne le faisait pas, il était ramené devant le magistrat dans les mêmes formes que la première fois. La procédure d'exécution proprement dite commençait alors contre lui.

Le *nexus* dans la seconde comparution *in jure* après le délai de trente jours à partir de la décision du magistrat, le *judicatus* dans la première comparution *in jure* à la suite de la sentence du juge peuvent prendre trois partis :

1° Exécuter la décision judiciaire pour laquelle ils sont poursuivis, après que le demandeur a fait connaître l'objet de la demande ;

2° Présenter un *vindex* ;

3° Refuser purement et simplement d'obtempérer à la demande du créancier.

Dans la première hypothèse, il est évident que la procédure se trouvait immédiatement terminée. L'obligation se trouvant exécutée, la *manus injectio* n'avait plus d'objet.

Dans le second cas, le *vindex* prenait la place du débiteur et c'était contre lui qu'était suivie la procédure. Nous ferons connaître plus loin comment s'effectuait cette intervention, et quels en étaient les effets.

C'est seulement quand le débiteur persiste dans son refus d'obtempérer à la réclamation du créancier que nous allons voir se dérouler contre lui tous les effets de la *manus injectio*, tels que les a décrits A.-Gelle, d'après la loi des XII Tables. Dès que le magistrat a constaté l'inexécution de l'obligation, le créancier requiert l'*addictio* dans les termes qui ont été indiqués par Gaius (IV, 21) et que nous avons rapportés ci-dessus (Chap. II, p. 15).

En même temps qu'il prononce la redoutable formule, le créancier saisit le débiteur *(et simul aliquam partem corporis ejus prendebat)*. A partir de ce moment, le défendeur ne saurait plus échapper par lui-même à la *manus injectio*. S'il ne peut fournir un *vindex*, le magistrat prononce l'*addictio* ; il l'adjuge au créancier par un décret formel. Le créancier l'emmène chez lui, il peut l'emprisonner et le charger de chaînes *(nec licebat judicato manum sibi depellere, sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat. Qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur)*, (Gaius, IV, 21, Comp. A.-Gelle, XX, 1) (1).

La loi des XII Tables réglementait d'une manière précise la situation du débiteur ainsi emprisonné. Celui-ci ne pouvait être chargé de chaînes d'un poids supérieur à quinze livres, et encore était-il loisible au créancier de diminuer ce poids, s'il le jugeait à propos. *(Vincito aut nervo, aut compedibus quindecim pondo ne majore ; aut si volet minore vincito.)* Il avait droit à une livre de farine au moins par jour, et même il pouvait, s'il le voulait, se nourrir à ses frais. *(Si volet suo vivito ; ni suo vivit, qui esse vinctum habebit libras farris in dies dato ; si volet, plus dato.)*

Cet emprisonnement provisoire durait soixante jours. Pendant ce délai, et pour le rendre efficace, la loi des XII Tables ordonnait que le débiteur fût conduit à trois marchés consécutifs en présence du magistrat dans le *comitium*, et que là on publiât, au milieu de la foule, le montant de sa condamnation, afin que ses amis ou quelques personnes charitables pussent lui venir en aide et le soustraire au châtiment en payant au créancier une rançon.

---

(1) La nécessité d'une *addictio* avant la *domum ductio* résulte encore de Tit. Liv., VI, 20 : « *Quos duci addictos prohibuisset* », et du passage d'Aulu-Gelle, XX, 1 (avant celui que nous avons cité plus haut) : « *Post deindè nisi dissolverint ad prœtorem vocabantur et ab eo quibus erant judicati addicebantur nervo quoque aut compedibus vinciebantur.* »

C'est seulement à partir de l'expiration de ce délai de soixante jours, que la *manus injectio* va produire toutes ses rigueurs. Le débiteur qui n'avait ni payé, ni trouvé un ami compatissant pour satisfaire pour lui à la dette, ou lui servir de *vindex*, était mis à mort « *capite pœnas dabat* », ou vendu au-delà du Tibre comme esclave. Le texte d'A.-Gelle ajoute même que d'après les expressions de la loi des XII Tables « *tertiis nundinis partis* « *secanto ; si plus minusve secuerunt, se fraude esto* », lorsqu'il y avait pluralité de créanciers, ces derniers pouvaient, après avoir mis en pièces l'*addictus*, se partager son corps.

A.-Gelle prend à la lettre les termes de la loi des XII Tables. Ses affirmations sont très nettes à cet égard : « *Tertiis autem* « *nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregrè* « *venum ibant. Sed eam capitis pœnam sanciendæ, sicut* « *dixi, fidei gratiâ, horrificam atrocitatis ostentu novisque* « *terroribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent,* « *quibus reus esset judicatus secare si vellent atque partiri* « *corpus addicti sibi hominis permiserunt.* »

Des affirmations non moins catégoriques sont données par Quintilien et par Tertullien :

« *Sed et judicatos*, dit Tertullien, *in partes secari a credi-* « *toribus leges erant : consensu tamen publico crudelitas* « *postea erasa est, et in pudoris notam capitis conversa est,* « *bonorum adhibita prœscriptione, suffundere maluit homi-* « *nis sanguinem quam effundere.* » (*Apol.*, C. 4).

« *Sunt enim*, dit à son tour Quintilien, *quœdam non lauda-* « *bilia natura, sed jure concessa : ut in XII Tabulis debitoris* « *corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos pu-* « *blicus non repudiavit.* » (III, 6).

Malgré ces autorités, l'atrocité du traitement infligé aux *addicti* a fait que certains auteurs n'ont pas accepté cette interprétation littérale du texte de la loi des XII Tables. Comment admettre, en effet, que des créanciers eussent pu être assez cruels pour mettre en pièces leur débiteur ? Quel intérêt pratique auraient-ils trouvé à agir ainsi ? Que dans la fureur où les met l'inexécution de l'obli-

gation, ils infligent à leur débiteur un châtiment corporel, cela se conçoit encore. Mais on ne comprend plus qu'ils le privent de la vie, et on ne voit pas de quelle utilité peut être pour eux le partage de son cadavre.

Et puis quand il y a plusieurs créanciers, si les uns veulent mettre à mort l'*addictus,* et si les autres désirent le vendre, qu'arrivera-t-il ? Quelle est l'opinion qui l'emportera ? Le débiteur n'a qu'une vie à donner et ne peut mourir qu'une fois. Sous ce rapport, le droit des créanciers est indivisible. Dès qu'il est exercé, il l'est pour le tout. Si la minorité est liée par la majorité, elle se trouvera lésée ; la mort du débiteur la privera complètement de son gage, et lui enlèvera tout espoir de paiement dans la suite. Comment, dans un tel système, donner satisfaction à chacun ?

On a essayé d'échapper à ces objections en cherchant une autre interprétation des mots « *capite pœnas dabat* » et « *partis secanto* ». Quelques-uns ont pensé qu'il fallait entendre par là le partage des biens du débiteur. Mais cette idée qui explique dans une certaine mesure le « *partis secanto* » ne donne pas la raison d'être des mots « *capite pœnas dabat* ». D'autres ont admis que cette dernière expression voulait dire que le débiteur avait à payer des intérêts moratoires, et que le « *in partis secanto* » s'appliquait à la vente publique du débiteur. Mais l'idée d'intérêts moratoires ne se comprend guère pour un Etat dont la législation est si peu avancée, et qui fonde encore sur la vengeance privée le principe des réparations civiles. Il n'a aucune raison d'être, si l'on admet avec nous (voir *infrà,* Chap. V) que le créancier a pu fixer arbitrairement au début la somme qu'il réclame du débiteur qui n'a pas satisfait au jugement et qui veut échapper à la *manus injectio.* La seule explication qui paraisse quelque peu plausible, en dehors de celle qui est donnée par les historiens latins, est celle de M. Muirhead (trad. Bourcart, p. 270). Cet auteur pense que le mot *caput* est employé ici par opposition à *bona.* Le texte, pour lui, doit être interprété en ce sens que le débiteur « payait la peine », c'est-à-dire fournissait

la réparation avec sa personne, par opposition à ses biens. Lorsque le créancier ne vendait pas le débiteur *trans Tiberim*, il le conservait dans un état voisin de la servitude ; il pouvait le faire travailler et user de ses services, comme s'il eût été réellement esclave. On ne comprendrait pas, affirme M. Muirhead, que le simple *judicatus* pût être tué, alors que la loi des XII Tables infligeait seulement au *fur manifestus* la peine de l'esclavage, et au *fur non manifestus* une peine pécuniaire double de la valeur volée. Le voleur non manifeste pouvant en effet devenir *judicatus* et *addictus*, aurait pu ainsi être mis à mort, tandis que le voleur manifeste ne pouvait encourir que la peine de la privation de la liberté. Le délit le plus grave eût de la sorte été soumis à la peine la plus légère.

Malgré toutes ces raisons, nous n'en persistons pas moins à croire à l'exactitude de de l'affirmation d'A.-Gelle.

D'abord, la dernière objection faite par M. Muirhead est loin d'être concluante. Il est certain que le voleur non manifeste qui ne donnait pas satisfaction empirait singulièrement sa situation. En outre, M. Muirhead oublie qu'à l'époque des XII Tables, le maître a encore sur son esclave le droit de vie et de mort (G., III, 189) ; il peut donc tuer immédiatement, s'il le juge à propos, le *fur manifestus* devenu son esclave. Il n'y a même ici place possible ni pour le *jus paciscendi*, ni pour l'intervention d'un *vindex*.

Est-ce donc quelque chose de si extraordinaire, que ce *jus vitæ necisque* du créancier sur son débiteur dans une législation comme celle des XII Tables, qui permet au père de famille, dans l'exercice de sa juridiction domestique, d'infliger à ses enfants tous les châtiments possibles, même le bannissement, même la mort, qui donne les mêmes droits au mari sur sa femme, au maître sur son esclave ? Il ne faut pas l'oublier, dans la Rome primitive comme dans toutes les sociétés embryonnaires, on est prodigue des dernières rigueurs. Dans toutes les civilisations naissantes, la peine de mort a été l'*ultima ratio*. M. Dareste, à propos de la loi de Gulating (*Anciennes lois de la Norwège*,

J. des Savants, 1881, p. 300), l'a démontré en fort bons termes. « Quand un débiteur, dit-il, se trouvait hors d'état de payer, il « devait se rendre au *ting*, et là offrir sa personne à ses parents « pour la somme par lui due, en commençant par le plus proche « parent. Si aucun de ses proches parents ne consent au marché, « alors il appartient à son créancier jusqu'à ce qu'il ait payé sa « dette... Si le débiteur en servitude ne veut pas travailler pour « son maître, celui-ci le conduit au *ting*, et met les parents du « récalcitrant en demeure de le libérer, et, sur le refus, il peut « le tuer ou le mutiler. La loi dit qu'il peut *couper où il veut*, « *haut ou bas.* » (Voir également Beauchet, *Loi de Westrogothie*, Paris, 1889, 85, VII, n. 1.)

Nous admettons donc que l'*addictus* peut être mis à mort. Mais comment expliquer maintenant la seconde partie du texte de la loi des XII Tables : « *Si plus minusve secuerunt se fraude esto* ? » C'est là aussi une disposition de la loi des XII Tables qui a excité singulièrement la sagacité des commentateurs et fait naître bien des explications hypothétiques. Ici encore, ce sera le système de la vengeance privée qui nous a déjà donné la solution de tant de problèmes, qui nous fournira l'explication que nous cherchons.

Nous l'avons dit, l'idée de responsabilité a été au début une idée de vengeance privée, de satisfaction sur la vie du débiteur. Celui qui a commis un délit, celui qui a refusé d'exécuter un engagement devient la proie du créancier qui peut le tuer ou le réduire en esclavage. Mais, comme nous l'avons dit aussi, et comme l'affirme en excellents termes M. Kohler (*Das Recht als Culturerscheinung*, trad. de M. Bourcart, en note sur Muirhead, p. 565), « cette dernière alternative n'a pas été longtemps sans « être soumise à quelque modification. Les divers membres du « corps ont reçu très rapidement une valeur propre, de façon que « pour chaque cas de dommage, il puisse y avoir une composition « fixe et certaine. Ce point une fois atteint, un créancier ne peut « plus couper du corps de son débiteur plus qu'il n'est nécessaire ; « — plus que l'équivalent nécessaire du tort qu'il a subi, et s'il y

« a plusieurs créanciers en concours, aucun ne doit couper plus « que la part qui correspond à sa propre créance. C'est ce que « nous trouvons exprimé dans les fragments du vieux droit scan- « dinave. » Dès lors, ce qu'a voulu dire, selon toute probabilité, la loi des XII Tables dans ces mots « *si plus minusve secuerunt se fraude esto* », c'est qu'à l'avenir le droit du créancier sur la vie de son débiteur sera complet ; que s'il y a plusieurs créanciers, chacun pourra l'exercer, même quand les autres préfèreront la vente au-delà du Tibre et le partage du prix. Il aura sans doute dépassé son droit en tuant le débiteur malgré d'autres créanciers, cela importe peu ; la loi n'a pas à se préoccuper de ce détail « *se fraude esto* » (1).

Si tel était le droit strict du créancier dans la *manus injectio*, il faut pourtant reconnaître avec A.-Gelle que ce droit ne fut pas souvent mis à exécution, même dans sa période de plein fonctionnement. Les mœurs, l'intérêt même des créanciers corrigèrent les excès de la loi. En tuant leurs débiteurs, les créanciers romains se privaient du prix de sa vente. Or, ils étaient loin, l'histoire nous l'atteste, d'être insensibles à l'appât du lucre. Ils reculèrent

---

(1) M. Latreille (*Hist. des Inst. Jud. des Romains*, p. 201), tout en admettant, comme nous, qu'il faut entendre à la lettre le « *partis secanto* », pense néanmoins que les mots « *si plus minusve secuerunt se fraude esto* » s'appliquaient au débiteur encore vivant. Lorsque l'*addictus* avait été conduit sans succès à trois marchés consécutifs dans le *comitium*, il s'opérait, dit-il, un partage fictif qui faisait considérer chaque créancier comme propriétaire d'une part proportionnelle à sa créance. Quelqu'eût été le résultat de ce partage au point de vue de l'option à faire entre le droit de vie et de mort, il fallait qu'il n'y eut dommage pour personne. L'auteur en conclut que si un seul des créanciers s'opposait à la mort du débiteur, celui-ci devait avoir la vie sauve, et être vendu. — M. Muirhead (*Intr. hist. au droit privé de Rome*, trad. Bourcart, Paris, 1889, p. 271), qui n'admet pas, comme nous l'avons vu, la possibilité de la mise à mort du débiteur, pense qu'en parlant de la pluralité des créanciers, la loi des XII Tables l'entend des cohéritiers. Le débiteur a été vendu au-delà du Tibre ; les créanciers se partagent le prix de la vente ; que l'un ait plus, et l'autre moins, on ne considère pas qu'il y a préjudice ; car l'inégalité pourra être redressée par l'action *familiæ erciscundæ*.

donc souvent devant une solution extrême qui leur enlevait toute possibilité de recouvrement même partiel de leur créance, sans donner toujours à leur amour-propre une bien grande satisfaction.

La vente *trans Tiberim* fut donc, la plupart du temps, le but auquel tendit la *manus injectio*.

Cette vente *trans Tiberim* avait doublement sa raison d'être : d'une part, à l'époque de la loi des XII Tables, on ne pouvait réduire à Rome un citoyen romain en esclavage ; d'autre part, si tous les *addicti* étaient restés sur le territoire de la République, leur nombre fût devenu très considérable, et le danger eût été grand pour l'Etat, en présence des rancunes et des mécontentements qu'ils n'eussent pas manqué de soulever. La retraite du peuple sur le Mont Sacré, et les séditions qui ensanglantèrent trop souvent le territoire romain, démontrent que la crainte de ce danger n'était pas chimérique.

CHAPITRE IV

Intervention et rôle du « vindex » dans la « manus injectio ».

Le *vindex* nous apparaît dans la *manus injectio*, comme un garant qui vient prendre la place du défendeur ; ce n'est pas un simple mandataire qui agit au nom d'autrui, et qui fait réfléchir sur la personne qu'il représente toutes les conséquences de l'action : il figure en son nom personnel dans la procédure ; c'est contre lui que le demandeur agit pour obtenir satisfaction ; c'est à lui qu'il demande cette satisfaction.

Ces interventions en faveur des tiers sont des plus fréquentes au début de l'histoire des peuples, et l'on peut s'en étonner. N'est-il pas étrange, en effet, que l'on songe à s'occuper d'autrui, quand on a soi-même tant de peine à se protéger d'une manière

efficace contre les violences d'un voisin qui n'a d'ordinaire pour règle de sa conduite que l'amour du lucre et de la rapine, quand aussi l'on a tant à lutter contre la nature pour assurer sa vie de chaque jour ? Ces interventions ne paraissent-elles pas se concevoir plus difficilement encore, si l'on considère la rigueur des sanctions, à cette époque où la force brutale est la règle de toutes les relations sociales, et où chacun répond sur sa vie des engagements qu'il a contractés. La présence de ces tiers garants n'est cependant pas sans explication. Elle a son origine dans les institutions primitives elles-mêmes. Nous avons constaté déjà, au début de cette étude, la solidarité qui existait entre tous les membres d'une même tribu ou d'une même famille. Nous savons qu'à cette époque reculée, le groupe entier répondait du délit commis par un seul. Cette solidarité ne disparut pas avec sa cause immédiate, la défense de la famille. Qand les groupements se furent étendus, quand ils eurent constitué de véritables nations, elle resta dans les mœurs. Le sentiment de solidarité né de la famille et d'un besoin de protection mutuelle survécut presque par la seule force de l'habitude. Une autre cause contribua à le perpétuer à Rome : l'existence de ces agrégations plus étendues que la famille, et que l'on appelait la *gens*. Un des principaux devoirs du patron consistant à protéger son client, les patriciens romains durent certainement être amenés fort souvent à prendre fait et cause pour ceux qui leur étaient attachés, et à les secourir lorsqu'ils étaient traînés en justice pour leurs dettes. La pitié est d'ailleurs de tous les temps, et précisément parce que l'on voit un procédé d'exécution aussi dur que la *manus injectio*, il ne faut pas trop s'étonner que le débiteur malheureux trouve des répondants qui viennent écarter de sa tête les extrêmes rigueurs qui le menacent.

D'où vient le mot *vindex* ? Une grande controverse existe à cet égard. Les uns le font dériver des mots *veniam dicere*, ce qui veut dire montrer sa faveur ; d'autres le font naître des mots *venum dicere*, ce qui indiquerait celui qui montre le prix, c'est-à-dire qui se porte caution ; enfin il en est d'autres, et ce sont les plus nombreux, qui estiment qu'il est composé des termes *vim* et

dicere, qui se traduisent littéralement par *montrer la violence* (1). Nous n'hésitons pas, pour notre part, à préférer cette dernière opinion. Les deux premiers systèmes sont trop vagues et donnent lieu, au point de vue grammatical, à une sérieuse critique. Comment, en effet, expliquer la transformation de l'*e* en *i* dans la première syllabe du mot ? Ils se heurtent encore à cette autre objection, que le sens qu'ils donnent au mot *vindex* est un sens abstrait ; qu'ils laissent croire que pour créer le terme on a eu en vue ses effets juridiques et non les faits matériels qui l'ont fait naître. Ils méconnaissent aussi une idée affirmée par tous les historiens, à savoir que chez les peuples primitifs les mots représentent la sensation plutôt que l'idée, un sens concret plutôt qu'un sens abstrait. L'interprétation, à laquelle nous adhérons, tient compte de toutes ces objections. Elle est, à la fois, conforme au caractère général des institutions primitives, aux origines de la *manus* et au rôle que les juristes assignent au *vindex*. Au début, lorsqu'on exerçait la vengeance privée, le défendeur, par suite de la solidarité, dont nous venons de parler, a dû en effet, trouver souvent des champions (*vindices*), qui venaient prendre ses lieu et place. Quand la force physique fut organisée, et devint une réelle sanction des engagements et des délits, le terme de *vindex* qui s'appliquait au champion resta en usage. De même que, dans le *sacramentum*, la *manuum consertio* devint simulée, de même aussi, dans la *manus injectio*, le tiers garant, qui voulait arracher l'*adjudicatus* des mains du créancier n'exerça plus qu'une violence fictive. Il se contenta de défendre d'entraîner le débiteur. Mais cette défense qui remplaçait le combat primitif conserva la dénomination ancienne ; dans le langage, elle resta le déploiement de la violence (*vis*), et celui qui exerçait cette violence simulée fut toujours le *vindex* (2).

---

(1) Gauckler, *Étude sur le « vindex »*, p. 11 ; Krüger, *Gesch. d. cap. dem.* p. 192 sq. ; Fietta, *Origine de la théorie classique des actions*, p. 44, 45 et note 27.

(2) Jhering, *Esprit du Droit romain*, 1, § II ; Gauckler, *Étude sur le « vindex »*, p. 9 sq.

Nous trouvons, en faveur de la thèse que nous venons de développer, un argument des plus sérieux dans le rapprochement du mot *vindex* et du mot *vindicia*. A.-Gelle dit de la *vindicia* qu'elle est « *correptio manus in re atque in loco præsenti apud prætorem* », expressions qui indiquent nettement la violence, l'appréhension matérielle. Les deux termes ont entre eux une analogie évidente et leur origine doit être commune. La *vindicia* ne devait pas être autre chose que l'action du *vindex*, tandis que ce dernier terme indiquait celui qui réalisait cette violence.

Enfin, la *lex Coloniæ Genetivæ* (ch. 61) en définissant le *vindex* celui qui « *vim facit* », démontre que l'idée violente qui s'attache à l'acte du *vindex* n'a jamais disparu de l'esprit des Romains, et elle nous fournit ainsi également une preuve péremptoire de l'exactitude de notre opinion.

Les principaux textes que nous possédons sur le *vindex* sont les suivants :

Loi des XII Tables (Tab. III). — *Ni judicatum facit aut quis endo in jure vindicet, secum ducito* (1).

Gaius IV, 21. — *Nec licebat manum judicato sibi depellere et pro se lege agere ; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat ; qui vindicem non dabat domum ducebatur ab actore et vinciebatur.*

Gaius IV, 25. — *Sed posteà lege Vallia, excepto judicato, et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus cum quibus per manus injectionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se legere. Itaque judicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur.*

Lex Coloniæ Juliæ Genetivæ, § LXI. — ..... *Vindex arbi-*

---

(1) Nous lisons, en effet, ainsi le texte contrairement à plusieurs éditions qui portent *endo em* (pour *eum*) *jure*, ce qui voudrait dire que le *vindex* doit intervenir légalement. Comme l'a dit M. Gauckler, cela eût été bien inutile à dire, tandis qu'il était très important de noter que l'intervention doit avoir lieu devant le préteur (*Étude sur le « vindex »*, p. 14, note 3).

tratu II viri quique jure dicundo prœrit locuples esto. Ni vindicem dabit judicatumque faciet secum ducito.

Ces textes supposent tous que le débiteur est encore *in jure* et n'a pas subi la *domum ductio*. Pourtant on n'en saurait conclure que le *vindex* ne pouvait intervenir après l'*addictio*. Dans plucieurs récits, en effet, Tite-Live nous montre Manlius arrachant des mains des créanciers les débiteurs malheureux au moment où ils étaient conduits en-prison.

Liv. VI, 20. — *Homines prope quadringentos produxisse dicitur, quibus sine fœnore expensas pecunias tulisset, quorum bona venire, quos duci addictos prohibuisset.*

Liv. VI, 14. — *Ceinturionem nobilem militaribus factis, judicatum pecuniæ cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurit et manum injecit,... inde rem creditori palam populo solvit, libraque et ære liberatum amittit... id vero ita accendit animos, ut per omne fas et nefas secuturi vindicem libertatis viderentur.*

On ne saurait prétendre qu'il ne s'agissait pas ici du rôle même joué par le *vindex*, car cette qualification est donnée plusieurs fois à Manlius dans les deux textes que nous venons de citer. Il est certain, d'autre part, que l'intervention de Manlius se place à une époque postérieure à l'*addictio*, puisque l'historien latin déclare, à plusieurs reprises, qu'il arrache des mains des créanciers les débiteurs qui étaient entraînés en prison.

Pourquoi donc ce silence gardé par les XII Tables, par la loi coloniale et par Gaius sur le rôle du *vindex* après l'*addictio*? C'est que ce rôle n'a qu'une faible importance. Si le *vindex* veut, en effet, arracher à ce moment le débiteur à la mort ou à l'esclavage, il n'a plus qu'une chose à faire : payer le créancier. La décision donnée par le préteur est définitive, et elle ne peut plus donner lieu à aucune discussion.

Tout autre, au contraire, est le rôle du *vindex* lorsqu'il intervient *in jure* avant l'*addictio*. Le seul fait de son intervention a un premier effet immédiat, c'est d'arrêter la procédure

d'exécution ; ensuite le *vindex* peut ou payer le créancier, ou contester son droit.

Si le *vindex* paye le débiteur, nous retombons dans l'hypothèse précédente. Le débiteur se trouve libéré à l'égard du créancier, et nous n'avons à examiner que la question de recours, ce que nous ferons plus loin. Mais si le *vindex* soulève des contestations, quelle sera la procédure à employer ? Quelles seront exactement les contestations possibles ?

M. Gauckler pense que le *vindex* qui interviendra avant l'*addictio* ne sera pas obligé d'avoir recours à une action nouvelle pour exposer les moyens qu'il entend faire prévaloir (*Etude sur le vindex*, p. 17). Il estime que la procédure commencée sera continuée, qu'il y aura simplement une substitution de défendeur. Après avoir entendu le *vindex*, le préteur, dit-il, statuera *cognitâ causâ* ; il accordera ou refusera l'*addictio* sans renvoi devant le juge. Dans le premier cas, le *vindex* devra subir la *domum ductio* ou payer ; dans le second, le *vindex* sera libéré et avec lui le débiteur principal.

Tel n'est pas notre sentiment. Nous croyons que le *vindex* devait engager une action nouvelle dans la forme de l'action *sacramenti* portant sur le droit réel du créancier sur le débiteur. Le *vindex*, en effet, n'est, au fond, qu'un *assertor libertatis*. Comme celui-ci, il vient affirmer la qualité d'homme libre d'un prétendu esclave ; et on dit de l'un comme de l'autre qu'ils agissent *pro alio* (Gaius, IV, 82 ; Inst. IV, 10). Or, c'est un point certain que la *proclamatio in libertatem* était intentée par la *legis actio sacramenti*, et qu'elle ne différait de l'action en revendication ordinaire que sur deux points : 1° parce que l'*assertor libertatis* affirmait, non pas un droit de propriété personnelle sur le prétendu esclave, mais la qualité d'homme libre de ce dernier ; 2° parce que les *vindiciæ* étaient toujours accordées à celui dont la liberté était en litige, c'est-à-dire que celui-ci était provisoirement mis en liberté (L. 2, § 24, D. de origine juris 1, 2). N'est-il pas, dès lors, tout naturel de penser que les mêmes règles de procédure ont été appliquées au *vindex*,

dont l'intervention a le même but et les mêmes effets, que celle de l'*assertor libertatis* dans le *liberalis causa* ? (En ce sens, Unger, *Der Prozen mit dem « Vindex » bec der « manus injectio »*; Zeitsch, f. R.-G., VII, p. 203 ; Fietta, p. 44).

On peut faire à la théorie que nous admettons cette critique qu'elle entraînera des longueurs de procédure. S'il est vrai, en effet, que le *vindex* est obligé de recourir à une procédure spéciale, nécessitant un renvoi devant le juge, l'action du créancier pourra être pendant longtemps paralysée. La *legis actio sacramenti* terminée, le *vindex* deviendra un simple *judicatus*, et il faudra, pour l'exécution, recourir à une nouvelle *manus injectio*. L'intervention d'un second garant sera ainsi possible, et la procédure pourra durer indéfiniment. Mais c'est là une objection spécieuse. Après deux échecs successifs, trouvera-t-on, en effet, un tiers d'assez bonne volonté pour s'exposer de nouveau aux suites de l'action ? Et ce tiers, à supposer qu'il existe, présentera-t-il les garanties de solvabilité exigées, car, comme nous aurons occasion de le dire tout à l'heure, le *vindex* est tenu du double, et on ne saurait être forcé de l'accepter que s'il est solvable ? Le système que nous combattons a d'ailleurs ce résultat fâcheux, qu'il prive une personne, qui peut être de très bonne foi, d'une garantie accordée à tous les *judicati* : la possibilité de l'intervention d'un *vindex*, et on ne voit pourtant, nulle part, dans les textes, que la situation du tiers garant soit devenue, à cet égard, pire que celle du débiteur primitif (1).

Quant à la contestation que peut faire le *vindex*, elle porte en principe sur le droit réel que possède le créancier sur son

(1) Certains auteurs, tout en admettant avec nous que le *vindex* est obligé de recourir à une action nouvelle, veulent que cette action soit une *actio sacramenti* portant directement sur l'existence de la dette (Puchta, *Inst.* II, p. 96 ; Rudorff, *Rom.*, R. G., t. II, p. 86, Leipzig 1859). Cette théorie est évidemment inexacte, car on ne peut pas agir *pro alio* pour un simple droit personnel. Cette doctrine a, en outre, le grave défaut d'être en contradiction avec l'idée que l'on se fait de la *manus injectio*, procédure par laquelle on réalise le droit réel que l'on a sur la personne de son débiteur.

débiteur. Mais, comme ce droit dérive d'un *judicatum* ou d'un *depensum*, le *vindex* est amené à examiner la créance elle-même qui a fait naître ce droit réel, et qui permet d'exercer la *manus injectio*. A cet égard, sa contestation pourra porter sur les points suivants : 1° il pourra attaquer la dette dans sa cause elle-même ; prétendre qu'il n'y a eu ni *judicatum* ni *depensium*, qu'il est intervenu un payement (*solatum*) ou une *nexi liberatio* ; 2° il pourra soutenir qu'il ne doit pas toute la somme réclamée ; 3° enfin il pourra se prévaloir de ce que la date d'exigibilité n'est pas arrivée. En un mot, il pourra contester tout ce qui est affirmé par le créancier dans la formule qui nous est rapportée par Gaius (IV, 21) : *quod tu mihi judicatus sive damnatus es — sestercium decem millia — eaque quando oportet non solvisti*..

Nous n'en avons pas fini avec le rôle du *vindex*, quand nous avons dit qu'il peut contester le droit du créancier et en quelle forme il peut le faire. Il nous faut examiner encore sur qui rejaillissent les suites de l'action, quelles garanties le *vindex* doit fournir, quel est, le cas échéant, le recours qui lui est donné.

Nous avons indiqué, lorsque nous avons défini le *vindex*, que ce tiers garant n'était pas un simple mandataire irresponsable. Ce que nous avons dit déjà du *vindex* nous fait pressentir l'exactitude absolue de cette assertion. Nous savons déjà, en effet, qu'à l'époque primitive, le *vindex* intervenait dans une lutte effective ; que c'était sur lui que l'adversaire satisfaisait sa colère. Il était donc, dans cette première période, substitué à l'auteur du délit et il subissait au lieu et place de ce dernier toutes les conséquences du combat. Lorsque la lutte devint fictive, il continua par le seul effet de la tradition à rester responsable de son intervention, de même qu'il avait gardé son nom. Aussi les textes qui parlent de lui à l'époque des XII Tables disent-ils toujours qu'il devient partie au procès : *pro se causam agere solebat* (Gaius IV, 21). Il en était d'ailleurs ainsi de *l'assertor libertatis*, auquel nous l'avons assimilé : *L'assertor* perdait le *sacramentum*, c'est-à-dire qu'il encourait les suites de l'action. L'intervention du *vin-*

dex, se réalisant par *l'actio sacramenti*, devait évidemment produire les mêmes résultats à son égard.

Si le *vindex* échoue, il est donc forcé de payer ou de subir la *domum ductio*. Mais ici même sa situation est moins bonne que celle du débiteur principal. Il doit payer le double de la dette originaire. Cette assertion n'est, à la vérité, appuyée par aucun texte exprès, mais elle résulte de la nature même du rôle joué par le *vindex*. D'abord cette condamnation au double est conforme aux idées admises par les anciens Romains, qui considéraient comme un délit méritant une peine, toute résistance injuste à une action fondée. En outre, à l'époque classique, lorsqu'un plaideur niait l'existence d'un jugement, ou prétendait avoir exécuté la sentence, une formule était délivrée et il y avait renvoi devant un juge chargé d'examiner la question. En cas d'échec sur cette action nouvelle, le défendeur était condamné au double. Les textes disent, en effet, de ces sortes d'actions : *crescunt in duplum contrà infitiantem.* » Or, cette seconde procédure, qui, à l'époque classique, était intentée par le défendeur lui-même, est précisément celle qui était suivie autrefois par le *vindex*. Comme il est probable que, lorsqu'on organisa ces actions directes, il n'y eut aucune innovation quant à la peine, et que l'on se contenta de leur donner la même sanction qu'à l'ancienne procédure intentée par le *vindex*, on doit conjecturer que celui-ci était déjà lui-même tenu du double. Cette opinion est absolument confirmée, si l'on admet, avec nous, que l'action du *vindex* analogue à la *liberalis causa*, s'intentait dans la forme de *l'actio sacramenti*. Dans *l'actio sacramenti*, en effet, celui qui obtient les *vindiciæ*, promet de restituer en cas d'échec, et s'il ne satisfait pas à sa promesse, il est tenu de la peine du double. C'est là une règle des XII Tables elles-mêmes rapportée par Festus (v° *Vindiciæ*) : « *Si « vindiciam falsam tulit, si velit is prætor, arbitros tres dato. « Eorum arbitrio rei fructus duplione damnum decidito.* » Le *vindex* ayant précisément obtenu les *vindiciæ*, la mise en liberté du débiteur, et, n'ayant aucun moyen, en cas d'échec, de remettre *l'addictus* en la puissance du *manum injiciens*, doit,

par conséquent, comme tout revendiquant qui succombe et qui ne peut restituer, être condamné à payer le double (1).

Le *vindex,* agissant en son nom personnel et encourant toutes les suites de l'action, doit présenter certaines garanties. On ne peut, en effet, exiger d'un créancier qu'il abandonne une poursuite, qui peut encore laisser l'espoir du succès, pour s'en prendre uniquement à un garant insolvable. Si le débiteur primitif était riche, le *vindex* devait donc l'être également. Ce n'est que quand il s'agissait d'un prolétaire, que tout le monde pouvait intervenir en sa faveur. En dehors de ce cas, la solvabilité du *vindex* était toujours rigoureusement exigée, et il appartenait au préteur à Rome, aux duumvirs dans la colonie, de décider si cette condition était remplie.

Les textes consacrent cette solution déjà évidente par elle-même. La loi des XII Tables dit à cet égard : « *Assiduo vindex, adsiduus esto, proletario jam civi quis volet, vindex esto.* » Il est vrai que la plupart des éditeurs ont placé ce texte parmi les dispositions de la première Table relatives à *l'in jus vocatio*, d'où certains auteurs ont conclu qu'il ne s'appliquait pas à la *manus injectio*. Mais c'est là une conclusion inexacte. Nous avons démontré, en effet, qu'il n'y a pas eu au début deux sortes de *manus injectio*, mais une seule *manus injectio* extrajudiciaire qui réduisait immédiatement la personne à l'état de *mancipium* ; que cette *manus injectio* fut, par degré, enserrée dans

---

(1) On peut encore invoquer en faveur de l'opinion, que nous venons de développer, le passage suivant de la loi coloniale (ch. LXI) : *si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur dupli damnas esto, ejusque pecuniæ cui volet.* Si on admet, comme nous l'avons déjà fait d'ailleurs, que le texte parle d'un *vindex* qui est intervenu et qui a échoué, on trouve dans ce passage la confirmation de la thèse soutenue. Si, au contraire, l'on pense avec d'autres romanistes (Gauckler, p. 20, en note) que les termes *vim ferre* doivent s'entendre du cas où un tiers essaye d'empêcher par des violences la *manus injectio*, ce texte fournit encore un argument d'analogie. Car l'auteur de la violence et le *vindex* ont un même but, soustraire le débiteur à la poursuite du créancier.

le cercle des actions, tout en restant encore extrajudiciaire dans *l'in jus vocatio*. Les deux procédures, ne faisant qu'une au début, avaient nécessairement les mêmes règles, et cette uniformité, elle ont dû la garder dans tout ce qu'elles ont conservé ensemble de l'ancienne procédure, notamment dans la possibilite de l'intervention d'un *vindex*, qui est un de leurs traits communs. Il existe d'ailleurs, à cet égard, d'autres textes qui ne sauraient faire l'objet d'aucune contestation. C'est d'abord la loi coloniale qui pose d'une manière absolue cette règle que le *vindex* doit être solvable : « *Vindex arbitratu II viri quoque jure dicundo prærit locuples esto.* » C'est encore ce fragment des Commentaires de Gaius rapporté au Digeste (L. 234 § 1 et 2, D. liv. L tit. 16 *de verb. signific.* qui contient la même affirmation absolue, § 1 : « *Locuples est qui* « *satis idonee habet pro magnitudine reiquam actor vesti-* « *tuendam esse petit.* § 2 : *verbum vivere quidam putant ad* « *cibum pertinere, sed Ofilius ad Atticum ait his verbis...* » Le mot *vivere* se réfère certainement ici à la règle indiquée dans la deuxième Table, *si volet sui vivito*, ce qui démontre bien que le passage tout entier concerne la *manus injectio* judiciaire, d'autant plus que le texte de Gaius, rapporté par le Digeste, est emprunté au Commentaire II qui était étranger à *l'in jus vocatio* (1).

C'est également un point universellement admis, que le *vindex* qui succombait avait son recours contre l'*addictus*. Les mœurs, comme le droit positif, s'opposaient, chez tous les peuples anciens, à ce que le tiers garant fût victime de sa générosité. Il y avait même un véritable déshonneur pour le débiteur principal à laisser poursuivre sa caution. Les législations germanique et hindoue notamment, considéraient comme un délit le fait de laisser poursuivre la caution, et elles donnaient à cette dernière, quand elle avait fait des dépenses pour l'obligé principal, une action au double. Nous acceptons d'autant plus facilement l'opinion com-

(1) Gauckler, *op. cit*, p. 21 ; Muirhead, *op. cit*, p. 262.

mune, que la *lex Publilia* donnait au *sponsor*, qui avait payé, une *manus injectio pro judicato* tendant au payement, par le débiteur principal, d'une somme double de celle qu'il avait déboursée.

Selon toute apparence même, cette disposition de la loi *Publilia* ne devait être que la reproduction d'une ancienne règle concernant le *vindex*, règle que ne rappellent pas les textes de l'époque classique, parce qu'à ce moment le *vindex* avait disparu. Cette conjecture est d'autant plus vraisemblable, que l'action intentée par le *vindex*, contre le débiteur primitif, est fondée sur un *depensum*, c'est-à-dire sur un paiement fait *per æs et libram*, comme le sera plus tard l'action *depensi* introduite par la loi *Publilia*.

D'après Gaius (IV, 41) les *sponsores* qui avaient payé, ne pouvaient exercer leur recours qu'après un délai de six mois. Il fallait, en effet, laisser au débiteur le temps de se procurer des fonds. Il est probable qu'il en était de même pour le *vindex*, car Gaius ne mentionne nulle part que ce délai, pas plus que le droit de recours, ait été introduit, pour la première fois, par la loi *Publilia*.

CHAPITRE V

Du « jus paciscendi », ou des restitutions à fournir par l' « addictus » qui veut échapper à la procédure d'exécution.

On admet assez généralement que la *manus injectio* ne pouvait être exercée qu'à l'occasion d'un jugement portant sur une dette d'argent. On s'appuie, pour le décider, ainsi sur ce passage de la loi des XII Tables : « *œris confessi rebusque jure judicatis, triginta dies justi sunto* », et sur ces expressions du Commentaire d'A.-Gelle : « *Confessi igitur œris ac debiti judicatis triginta dies justi sunt dati* ». Mais les expressions

employées par la loi des XII Tables ne sauraient s'interpréter en ce sens, qu'elles excluent toute autre dette qu'une dette d'argent. Les termes *rebus jure judicatis* sont, en effet, généraux et s'appliquent aux jugements rendus sur une dette quelconque. Le texte d'Aulu-Gelle ne contredit pas cette interprétation, car il peut être traduit ainsi : pour les dettes avouées et les jugements rendus sur une dette quelconque, on a un délai de trente jours. Cette traduction est même la seule qui concorde avec la loi des XII Tables et elle est en complet accord avec ce que dit Gaius de la *manus injectio* : qu'elle s'appliquait d'une manière générale aux *judicati* (IV, 21).

Tout semble pourtant démontrer que l'*addictus* était tenu, dans tous les cas, d'une somme d'argent. La formule mise par Gaius dans la bouche du *manum injiciens* : « *ob eam rem tibi* H. S. *decem millium judicati manum injicio*, » le laisse croire. A.-Gelle confirme cette opinion en disant qu'on proclame dans les marchés où le débiteur est conduit, le montant de la somme d'argent qu'il doit.

On concilie difficilement l'idée que la *manus injectio* peut s'intenter après toutes sortes de jugements avec cette dernière règle, que l'*addictus* est tenu dans tous les cas d'une somme déterminée. D'après Gaius, en effet (IV, 48), dans le système des *legis actiones*, la condamnation judiciaire même dans l'*actio sacramenti* avait pour objet l'*ipsa res*, et non pas un équivalent pécuniaire.

Comment, dès lors, résoudre cette espèce d'antinomie ?

Certains auteurs s'en sont tirés en modifiant le texte généralement accepté de Gaius et en prétendant, que ce que le jurisconsulte romain disait réellement, c'est que dès le début les condamnations avaient toujours pour objet une somme d'argent. (Brini, *Della condemna nelle leg. act.*, Arch. Giurid., vol. XXI, 1878, p. 213 sq. ; Montagnon, *Sur la nature des condamnations civiles*, Lyon, 1883, p. 6 sq., d'après Muirhead, trad. Bourcart, p. 263, note 6).

Le texte cité de Gaius, (IV, 48,) peut, en effet, être lu de deux

manières. On peut y voir indistinctement : *sed sicut olim fieri solebat, æstimata re*, etc., ou *sicut olim fieri solebat, sed æstimata re*, etc. Dans le premier cas, Gaius serait favorable à la dernière opinion que nous venons d'exposer ; dans le second, il appuierait l'assertion que nous avons émise, à savoir que la condamnation portait sur l'*ipsa res*.

M. Fietta (*op. cit.*, p. 23), qui lit *sed sicut olim fieri solebat, æstimata re*, n'en a pas moins démontré très nettement que l'obligation qui résulte de la sentence rendue ne porte pas nécessairement sur une somme d'argent.

« En concluerons-nous, dit-il, après avoir indiqué la version « qu'il admet en ce qui concerne le texte discuté, que, aussitôt « après le *judicium*, va avoir lieu une procédure destinée à faire « porter l'obligation sur une somme d'argent ? Nous ne nous y « croyons pas forcé, par ce motif que le texte ne précise pas le « moment où l'estimation doit se faire. Il ne dit pas qu'elle doive « avoir lieu immédiatement après le *judicium*, ni que le défen- « deur ne puisse se libérer avant cette estimation par la presta- « tion en nature de la chose due. De sorte que, à supposer même, « ce que je ne crois pas exact, que le texte doive être entendu des « origines mêmes de la procédure des *legis actiones*, on peut « l'entendre en ce sens que, à défaut d'exécution dans un certain « délai, il y a lieu, avant de procéder aux rigueurs de la procé- « dure d'exécution, de faire évaluer en argent l'intérêt du deman- « deur.....

« Si, ajoute le même auteur, le § 48 ne nous fournit pas la « solution que nous cherchons, j'estime que cette solution se « trouve dans le § 16. Le défendeur à l'action réelle, ou plus « exactement celui des deux plaideurs qui obtient les *vindiciæ*, « promet de rendre la chose et les fruits, et non la valeur de la « chose et des fruits. Dès lors, il faut admettre que, ayant échoué, « il se libèrera, en livrant la chose elle-même avec les fruits. La « conclusion me paraît forcée, car je ne vois absolument pas pour « quel motif le défendeur eût promis une chose : la restitution en « nature, pour être, en réalité, tenu d'une autre chose : le paie-

« ment d'une somme d'argent. A l'appui de cette manière de « voir, on remarquera que, dans la même hypothèse d'une action « réelle, si c'est le possesseur qui triomphe, il garde certainement « la chose et les fruits. Il est très vraisemblable que son adver- « saire devait, en cas de succès, être mis dans la même situation « et recouvrer la chose elle-même. »

Pour concilier cette idée que la *manus injectio* peut être exercée contre une personne tenue d'une dette quelconque, et cette autre idée que l'*addictus* est tenu d'une dette d'une somme d'argent, il faut pourtant admettre que l'obligation a changé de nature entre le jugement et l'*addictio*. Quel peut donc être le procédé qui a servi à opérer cette transformation ?

Il est probable qu'au début, le créancier qui exerçait la *manus injectio* fixait lui-même arbitrairement, lorsqu'il ne s'agissait pas d'une somme d'argent déterminée, le prix moyennant lequel il renoncerait à l'exécution.

Toute conjecturale qu'elle soit, cette idée semble difficile à contester. Remarquons, en effet, que le délai de 30 jours donné au débiteur pour satisfaire au jugement de condamnation est expiré, que l'obligation à l'*ipsa res* se trouve inexécutée ; dès lors que le droit à la vengeance privée est ouvert, et que le débiteur se trouve à l'entière discrétion de son créancier. Quelque considérable que fût la somme réclamée, l'*addictus* devait encore s'estimer heureux d'avoir un nouveau délai de trente jours pouvant lui permettre d'échapper à la peine capitale ou à l'esclavage.

Cette faculté donnée de fixer arbitrairement la somme, moyennant laquelle il relâcherait l'*addictus*, était fort rigoureuse. Il pouvait arriver, en effet, que le débiteur fût dans l'impossibilité de faire aucune restitution en nature, soit parce que la chose avait péri, soit parce qu'elle avait disparu, soit pour tout autre motif. Malgré sa bonne foi, il ne s'en trouvait pas moins, d'une manière complète, à la merci de son créancier.

Pour éviter les abus qui résultaient de cette manière de faire, la loi des XII Tables vint donner un moyen de déterminer d'une

manière plus équitable les prestations à fournir par le défendeur en cas de condamnation réelle. Le texte qui indique la manière de procéder à cette fixation, nous est rapporté par Festus (v° *Vindiciæ*) : *Si vindiciam falsam tulit, si velit is prætor arbitros tres dato. Eorum arbitrio rei fructus duplione damnum decidito.* Pour comprendre cette disposition des XII Tables, rappelons ce qui se passe à la suite du *sacramentum*, après que le juge a statué. Si la sentence est rendue en faveur de celui qui a obtenu la possession intérimaire, il n'y a aucune restitution à faire et tout est terminé. Mais si c'est l'autre partie qui obtient gain de cause, une restitution doit être effectuée. A partir des XII Tables, si on ne veut ou si on ne peut remettre les choses elles-mêmes qui ont fait l'objet de la condamnation, le créancier ne pourra plus fixer arbitrairement la somme qu'on devra lui payer pour échapper à l'exécution. Il devra demander la nomination de trois arbitres, qui auront la mission de déterminer la valeur de l'objet en litige et des fruits, c'est-à-dire de fixer les dommages-intérêts équivalents aux choses qu'on doit et qu'on ne peut restituer, et de condamner à payer le double de la valeur ainsi arbitrée. Cette condamnation au double s'explique par ce fait, qu'en résistant à tort à une action fondée, le défendeur a mis son adversaire dans l'impossibilité de recevoir exactement la chose qu'il a revendiquée et qu'il est juste qu'il le dédommage du tort qu'il lui a ainsi causé (1).

---

(1) Comparer sur tous ces points : Mommsen, *Fest. eod.*, quatern XVI, Berlin, 1864, p. 84 ; Muirhead, *op. cit.*, p. 252 ; Fietta, *op. cit.*, p. 73 sq. — M. Fietta a donné en cette matière une théorie assez ingénieuse qui mérite d'être rapportée. D'après cet auteur, le juge nommé à la suite de la procédure du *sacramentum* se borne à constater le droit et met le défendeur en mesure d'exécuter en nature l'obligation. Mais celle-ci ne sera peut-être pas liquide ; comment savoir alors quand on devra la réputer exécutée ? Il faudra, d'après M. Fietta, recourir à l'action de la loi que Gaius nomme la *judicis postulatio*, et qui n'est autre chose, à l'avis de l'auteur, qu'une *arbitri postulatio*. L'arbitre nommé dans cette nouvelle procédure précisera le montant de sa dette, sans l'évaluer en argent. M. Fietta attribue la création de cet arbitre, qu'il appelle *arbiter rei præs-*

Relativement aux actions portant sur des demandes de sommes d'argent indéterminées, de grandes controverses existent sur le point de savoir si elles pouvaient être exercées par la procédure du *sacramentum*. Si oui, il y a tout lieu de croire que la question qui était posée dans l'*actio sacramenti* portait sur le fonds même du droit, et qu'il intervenait ensuite une sentence arbitrale *(arbitrium litis œstimandæ)* déterminant exactement la prestation à fournir pour échapper à la *manus injectio*. Il est probable aussi que cette prestation n'était pas portée au double, le demandeur n'ayant jamais dû qu'une satisfaction en argent.

CHAPITRE VI

La « manus injectio » à l'époque postérieure aux XII Tables. — « Manus injectio pro judicato », et « manus injectio pura. »

Nous avons vu qu'à l'époque de la loi des XII Tables, la *manus injectio* était donnée contre les débiteurs en vertu de *nexum* et contre les *judicati* proprement dits. L'action *nexi* s'intentait directement *per manus injectionem;* l'action *judicati* était sanctionnée seulement par la *manus injectio*. C'est dans ces deux

---

tandæ, à la loi *Pinaria*, et il interprète le texte de Gaius : « *Ad judicem accipiendum venirent; postea vero reversis daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statem dabatur judex* », en ce sens qu'il y est question non du juge chargé de statuer sur le *sacramentum*, mais de la *judicis postulatio* ou de l'*arbitrium rei præstandæ*. Tout ne sera pas encore fini ainsi : le défendeur pourra ne pas exécuter en nature la condamnation ainsi déterminée, alors interviendra seulement l'*arbiter litis œstimandæ* de la loi des XII Tables, qui évaluera en argent le montant de la condamnation et le portera au double. M. Fietta croit même que cet *arbitrium litis œstimandæ* interviendra aussi pour les sommes d'argent déterminées, et que les arbitres prononceront également une condamnation au double.

cas, que l'exécution personnelle était seulement appliquée. A une époque postérieure aux XII Tables, des lois spéciales permirent d'exercer la *manus injectio* dans des cas où il n'y avait ni *nexum* ni *judicatum*. Tantôt elle fut désignée sous le nom de *manus injectio pro judicato ;* tantôt elle fut appelée *pura*. Dans le premier cas, elle avait lieu dans les mêmes formes que s'il était intervenu un jugement, ce qui l'a fait appeler *judicati* utile. Comme autrefois, le débiteur ne pouvait s'y défendre que par un *vindex*, et, si personne n'intervenait pour lui, il se trouvait obligé de subir la *domum ductio*. Dans le second cas, elle se distinguait de l'ancienne *manus injectio*, en ce que le débiteur pouvait s'y défendre lui-même, sans le secours d'un tiers garant. On énonçait, dans la formule, les causes pour lesquelles on agissait *per manus injectionem*, et on terminait par ces mots : « *Ob eam rem tibi manum injicio* ». Le débiteur alors contestait la dette, s'il le jugeait à propos, mais s'il le faisait et s'il échouait, il était condamné au double. (Voir ci-dessus, p. 45.)

La loi *Publilia* établit une *manus injectio pro judicato* dans l'action *depensi* contre celui qui, ayant été cautionné par un *sponsor*, ne remboursait pas dans les six mois les sommes qui avaient été payées pour lui (G. IV, 22). Selon toute probabilité, il n'y avait là, sans doute, comme nous l'avons vu, en étudiant les effets de l'intervention du *vindex*, qu'une extension du droit accordé à celui-ci. La loi *Furia de sponsu* permettait d'exercer pareille action contre celui qui avait exigé d'un *sponsor* au-delà de sa part virile. Il semble aussi que la même procédure ait pu être employée par le légataire contre l'héritier qui omettait de payer un legs fait dans les termes *dare damnas esto*. Nous avons montré, en effet, l'analogie qui existait entre les legs de cette nature et les payements faits *per æs et libram* (Gaius, II, 201 ; III, 175 ; IV, 21). Enfin, Gaius ajoute que cette *manus injectio* était donnée encore dans un certain nombre de cas (IV, 22). Mais dans lesquels ? C'est ce que Gaius omet de dire, et c'est ce qu'il est impossible de déterminer dans le silence des textes.

Quant à la *manus injectio pura*, elle fut donnée d'abord dans

les cas suivants : 1° par la loi *Furia testamentaria* contre celui qui avait reçu à titre de legs plus de 1,000 as sans être dans l'un des cas d'exception prévus (G. IV, 22) ; 2° par la loi *Marcia* contre les usuriers pour répéter d'eux les intérêts qu'ils avaient indûment perçus (G. IV, 23, 24).

Mais une loi *Vallia* de la moitié du VI^e^ siècle de Rome, et autre que celle que cite Krüger (voir ci-dessus, p. 21) vint permettre à tous les débiteurs qui étaient appréhendés par la *manus injectio*, de se défendre eux-mêmes sans l'intervention d'un *vindex* excepté dans les actions *judicati* et *depensi*. La *manus injectio* devint donc *pura* dans tous les autres cas ; ses anciennes rigueurs ne subsistèrent que quand elle était exercée contre un *judicatus*, ou contre un débiteur qui ne remboursait pas le *sponsor* (G. IV, 25).

CHAPITRE VII

De la « manus injectio » dans l'histoire de Rome. — Adoucissements successifs qui y furent apportés. — Substitution de l'exécution réelle à l'exécution personnelle.

On peut s'étonner que la pensée si simple d'exécuter l'obligation sur les biens des débiteurs ne soit pas venue plus tôt aux Romains. On peut s'en étonner d'autant plus que chez les Grecs, ce système fut pratiqué de très bonne heure.

Cette situation a cependant son explication.

A Rome, les contrats avaient un caractère religieux. La principale garantie des engagements se trouvait, en effet, dans la probité de l'autre partie c'est-à-dire dans sa vénération à la *Fides*. Or, la *Fides* était une divinité qui avait ses temples, et manquer à ses engagements, c'était commettre un crime religieux qui nécessitait l'expiation. L'exécution sur les biens n'eût pas, dès lors, été suffi-

sante, car les délits et les crimes exigent des réparations personnelles (1).

Une autre raison que l'on peut donner encore du maintien d'une voie d'exécution aussi rigoureuse, à une époque, où les mœurs romaines s'étaient considérablement adoucies, c'est que la fortune et l'autorité étaient à Rome presque entièrement aux mains des patriciens. Ces derniers, riches par eux-mêmes, puissants par le pouvoir qu'ils s'étaient octroyé en faisant tomber la royauté, avaient mis tous leurs efforts à conserver cette institution barbare dont ils profitaient toujours et qui ne pouvait presque jamais les atteindre. L'exécution sur la personne, étant ainsi liée à leur puissance, ne devait disparaître qu'avec cette puissance elle-même.

L'usage de la *manus injectio* fut fréquent à Rome. Au début, l'histoire est pleine de la lutte du peuple romain avec les nations voisines. Au milieu de cette conflagration générale, les plébéiens pauvres, qui n'avaient pour toutes ressources que les récoltes de leurs champs, étaient obligés de recourir à tout instant à d'onéreux emprunts, car si de n'était pas l'ennemi qui venait piller une récolte péniblement amassée, c'était le peuple romain lui-même qui envahissait le territoire ennemi, et pendant ce temps, les fermes restaient improductives. Dans un pareil état de choses, les dettes devinrent nombreuses; l'usure vint les grossir encore. Aussi, à un moment donné, les plébéiens furent-ils soumis en masse aux rigueurs de la *manus injectio*, à tel point que Tite-Live a pu dire que chaque maison patricienne était une prison privée (VI, 36).

---

(1) C'est toujours, en effet, par le respect dû à la *Fides* que les historiens romains justifient le maintien de la *manus injectio*. Cecilius, dans l'entretien rapporté par A.-Gelle, s'exprime ainsi : « *Eam capitis pœnam sanciendæ fidei gratia horrificam reddiderunt* ». Au nom de cette même *Fides*, Appius demande au Sénat le maintien de la *manus injectio* (Den. d'Hal., VI, 69). Enfin, Tite-Live, en parlant de la loi *Pœtilia*, qui, comme nous le verrons plus loin, est venue restreindre les rigueurs de cette voie d'exécution, s'écriera qu'elle a renversé la *Fides* qui est la plus grande garantie des engagements : « *Victum eo die ingens vinculum Fidei.* »

Une pareille situation devait nécessairement entraîner des tumultes et des séditions. Rome, en effet, fut souvent compromise par les agitations de la plèbe endettée. De bonne heure, l'exécution sur la personne fut l'objet de réclamations violentes de la part du peuple. Sous la royauté, ces plaintes n'avaient pas été sans écho ; lors de son élévation au trône, Servius Tullius avait promis d'obliger les créanciers à se contenter de l'exécution sur les biens. « Je ne veux pas, avait-il dit, que ceux qui empruntent soient « emprisonnés pour dettes ; j'édicterai une loi qui leur défendra de « prendre, pour garantie des prêts qu'ils font, la personne de leurs « débiteurs ; je considère comme une garantie suffisante pour les « créanciers le droit de s'emparer des biens » (Den. d'Hal., IV, 9).

Mais si Servius Tullius réalisa son projet (ce qui est un point discuté), les patriciens devenus les maîtres rapportèrent les mesures qu'il avait prises, et, pendant de longues années encore, on continua à voir, d'un côté, une noblesse orgueilleuse et méchante, sans pitié pour les débiteurs malheureux ; d'un autre côté, les récriminations les plus acerbes. Tite-Live (VI, 14), dans un récit plein d'éloquence auquel nous avons déjà fait allusion, nous montre un patricien arrêtant en plein *forum* un centurion insolvable, que ses hauts faits militaires avaient illustré, et aussi la plèbe frémissante et prête, dans son indignation, à se soulever contre la cruauté des patriciens, acclamant Manlius qui venait de payer les dettes du malheureux centurion. Les historiens romains font souvent mention de pareils faits.

Ces rigueurs excessives des créanciers à l'égard des débiteurs furent même la cause des adoucissements que reçut, à la longue, la *manus injectio*. Si l'on en croit, en effet, Tite-Live, ce furent les traitements infligés à de malheureux *nexi* qui furent la cause de la première sécession (260, U. C.).

L'établissement d'une magistrature plébéienne fut la conséquence de la retraite sur le mont Aventin. A vrai dire, cette institution n'eut aucun effet direct sur le traitement des *nexi* et des *addicti*. Leur sort ne fut pas immédiatement allégé, car les

tribuns du peuple ne pouvaient intervenir que dans les actes des magistrats et non dans ceux des simples citoyens. Pourtant, en faisant passer à la plèbe une partie des pouvoirs réservés jusque-là, d'une manière jalouse, aux patriciens, cette institution préparait des réformes plus sérieuses. Elle formait pour l'avenir un puissant levier dont l'utilité devait être considérable pour les plébéiens (1).

Bientôt après, en effet, la loi des XII Tables (303, U. C.), tout en n'adoucissant guère les rigueurs de la *manus injectio*, apportait un premier progrès, en réglementant les cas dans lesquels elle pourrait avoir lieu, en consacrant l'intervention du magistrat, en donnant aux débiteurs malheureux des délais pour se libérer, et en leur permettant ainsi de se soustraire plus facilement à la procédure d'exécution. A un autre point de vue, elle exerçait encore une influence heureuse. Jusque-là, le taux de l'intérêt avait été arbitraire; il ne dépendait que du caprice du créancier; et, comme ce n'était que lorsqu'ils se trouvaient réduits à la plus noire misère que les plébéiens se résolvaient à contracter des emprunts, il en résultait qu'ils étaient obligés de subir les plus dures conditions. La loi des XII Tables fixa à 1/12 ou à 8 1/3 le taux maximum de l'intérêt. Elle disposa même qu'en cas de contravention, le créancier serait puni de la peine du quadruple.

Cette réglementation des intérêts devait être pendant longtemps la préoccupation du législateur, préoccupation qui ne se traduisit guère, hélas ! que par des efforts stériles, car la rapacité des créanciers s'alliait à la misère des débiteurs pour éluder toutes les dispositions prises pour mettre un frein à l'usure. Les lois se succédèrent donc, sans changer grand'chose à la situation des *nexi* ou des *addicti*. Aussi nous bornerons-nous ici à la nomenclature des principales de ces lois.

---

(1) L'année d'avant déjà (259, U. C.), le consul Servilius, pour déterminer le peuple à marcher sur les Volsques, avait fait annoncer que les créanciers ne pourraient s'emparer de la personne de ceux qui le suivraient à la guerre ; qu'eux, leurs enfants, leurs champs, leurs maisons, devraient être sauvegardés (Den. d'Hal., VI, 29 ; Tit.-Liv., II, 24).

En 398 U. C., à la suite des ravages des Gaulois, les emprunts étant devenus de plus en plus difficiles, de plus en plus onéreux, deux tribuns remirent en vigueur les dispositions de la loi des XII Tables relatives au taux de l'intérêt. Quatre ans plus tard, le nombre des *nexi* n'en ayant pas moins augmenté dans les plus considérables proportions, cinq commissaires établirent une banque qui avait pour objet de prêter à de faibles intérêts, et fixèrent le prix auquel les troupeaux et les terres pourraient être donnés en nantissement des emprunts. Cinq ans plus tard, le taux de l'intérêt fut abaissé d'une manière générale à 4 1/2 p. 100. Quelques dettes purent ainsi être remboursées. Mais on ne voit pas que cette amélioration ait duré longtemps. En 412, en effet, l'intervention du législateur fut de nouveau nécessaire. Mais cette fois il dépassa entièrement la mesure, car il proclama l'illégalité de toute stipulation d'intérêts. C'était, en fait, l'abolition des dettes et la banqueroute générale. Il était impossible d'appliquer une pareille loi, et l'usure fut plus en faveur que jamais. De là encore les lois Licinio-Sextiennes, qui vinrent ordonner que les sommes payées à titre d'intérêts seraient imputées sur le capital lorsque l'intégralité de la dette aurait été payée en trois annuités égales et successives (*ut deducto eo de capite quod annis pernumeratum esset, id quod superesset trienno œquis portionibus persolveretur*, Tit.-Liv., IV, 35).

Chose étrange, jusqu'à cette époque, les réformes tendent toujours à la suppression de la dette ou de l'intérêt, jamais à l'adoucissement du traitement infligé au débiteur, tant était entrée dans l'esprit des Romains cette idée que le corps du débiteur répond de sa dette. En 428 seulement, nous verrons la première modification sérieuse aux voies d'exécution. Des violences excessives et presque monstrueuses commises par Papirius sur le jeune Publilius excitèrent une telle indignation, qu'il fallut bien cette fois chercher à en revenir à la vieille loi que l'on prête à Servius, à savoir que les biens et non le corps du débiteur répondent de sa dette. Un premier pas dans ce sens fut fait par la loi *Pœtilia*. Pendant très longtemps on a présenté

cette loi comme abolissant d'une manière complète les peines corporelles pour dettes. Mais elle est loin d'avoir eu un effet aussi considérable, car le Digeste (34, D. 42, 1) nous montre qu'à l'époque où il a été rédigé, l'emprisonnement pour dettes était encore en vigueur (1). Sans doute, Tite-Live paraît admettre l'idée qu'elle a substitué l'exécution réelle à l'exécution personnelle puisqu'il interprète ainsi la loi *Pœtilia* : « *Pecuniæ credita bonæ debitoris non corpus obnoxium esset.* » Mais ce que l'historien latin a voulu dire vraisemblablement, c'est que tous les biens du débiteur, et non plus seulement son corps comme tel, répondraient des dettes contractées. Quelle a donc été exactement la portée de la loi Pœtilia ? Les controverses sont nombreuses à cet égard. A notre avis, elle disposa d'abord que les chaînes ne seraient plus appliquées qu'à ceux qui seraient emprisonnés pour crimes ou délits : « *Jussique consules ferre ad* » *populum, ne quis nisi qui noxam meruisset, donec pœnan* » *lueret, in compedibus aut nervo teneretur* ». (Tit. Liv. VIII, 28). En outre, elle déclara qu'on ne pourrait plus devenir le *nexus* d'une personne pour prêt d'argent. Le créancier qui voudra donc exécuter son débiteur, ne pourra plus directement le faire devenir *judicatus* comme à l'époque des XII Tables, par la *manus injectio*. Il lui faudra recourir à la procédure de droit commun, c'est-à-dire d'ordinaire à l'*actio sacramenti*. Enfin, elle ordonna que tous les *nexi qui bonam copiam jurarent*, seraient mis en liberté.

Ces adoucissements successifs ne furent d'abord appliqués que dans les villes, et longtemps encore le peuple des campagnes fut en proie aux rigueurs des usuriers. La loi *Pœtilia* elle-même ne fut pas toujours d'ailleurs beaucoup plus observée que les lois antérieures qui avaient voulu adoucir la situation des débiteurs.

---

(1) Un grand nombre d'auteurs nous démontrent que la loi *Pœtilia* ne fit pas disparaître l'*addictio*. (Voyez notamment Tite-Live, XXIII, 14 ; Quintilien VII, 3 ; Cicéron, *pro Flacco*, c. XX, Aulu-Gelle XX, 1 ; Gaius III, 199).

A la fin de la guerre du Samnium, la misère atteignit les classes rurales privilégiées elles-mêmes, et les spectacles que nous a rapportés Tite Live se renouvelèrent encore. On vit le fils d'un consulaire, Venturinus, qui n'avait pu payer les frais des funérailles de son père, s'échapper de l'*ergastulum* de son créancier, où il était détenu et venir tout couvert de sang implorer la protection tribunitienne. Malgré la loi *Pœtilia*, il y eut de nouvelles émeutes et une nouvelle retraite du peuple sur le mont Janicule. Le plébéien Hortensius fut nommé dictateur, et une loi politique nouvelle, la loi *Hortensia* qui est son œuvre, vint encore une fois, essayer d'alléger la situation misérable des insolvables. Elle contenait relativement aux dettes une double disposition : 1° leur abolition ou leur diminution ; 2° la confirmation de la loi *Pœtilia*.

Mais l'usure et l'exécution sur la personne étaient des fléaux dont les Romains ne devaient jamais entièrement se débarrasser. A la suite de la loi *Hortensia*, intervint toute une série de mesures destinées à protéger les débiteurs ; tantôt on diminua les dettes en augmentant la valeur nominale de la monnaie ; tantôt comme dans la loi *Valéria* (608) on les effaça purement et simplement jusqu'à concurrence de la moitié ou des trois quarts. Ce fut seulement la loi *Julia* sur la *cessio bonorum* qui vint apporter à cette situation le seul remède possible, en permettant aux débiteurs de faire l'abandon de leurs biens. Encore l'effet de cette loi ne fut-il pas absolu, car le débiteur qui refusait la cession de biens se trouva encore après cette loi, comme autrefois, soumis à l'exécution personnelle (1).

---

(1) On ne connaît pas exactement la date des lois *Julia*. On ne sait s'il faut les attribuer toutes les deux à Auguste ou si l'une des deux ne remonte pas à César. Avant la loi *Julia*, la loi *Aebutia* (583) avait bien substitué le régime formulaire aux *legis actiones*. Mais elle n'avait pas supprimé l'*addictio* et le *casus privatus*. Elle s'était bornée à faire disparaître les solennités de paroles indiquées dans la loi des XII Tables.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

CHAPITRE I^er^. — ORIGINE DES VOIES D'EXÉCUTION SUR LA PERSONNE. — VENGEANCE PRIVÉE.

Système de la force brutale. — Caractère délictueux de toute violation du droit. — Caractère réel de tout droit. — Influence de ce système dans le Droit romain. — La *manus injectio*, voie d'exécution personnelle en découle directement 8

CHAPITRE II. — DE L'ÉTENDUE DE LA « MANUS INJECTIO » ET DE SON DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE.

Définition de la *manus injectio*. — Son caractère d'action de la loi. — Des personnes qui y sont soumises. — Différents systèmes au sujets des *nexi*. — Solution proposée par MM. Krüger et Bourcart. — Les *nexi* comme les *addicti* ont toujours été soumis à la *manus injectio ;* mais à l'époque des XII Tables, celle-ci est introductive d'instance pour les *nexi*, tandis qu'elle n'est que voie d'exécution pour les *judicati*. — La *manus injectio* n'est que le développement du droit de justice privée. — Démonstration du système et réfutation des critiques. — La *manus injectio* était possible en principe aussi bien contre les Patriciens que contre les Plébéiens 15

CHAPITRE III. — DES FORMES ET DES EFFETS DE LA « MANUS INJECTIO » A L'ÉPOQUE DES XII TABLES.

Textes des XII Tables conservés par A.-Gelle. — Formes préliminaires. — La *ductio in jus*. — Rôle du magistrat. — Distinction entre le *nexus* et le *judicatus*. — *Addictio*. — Délai de soixante jours. — Réglementation des rigueurs permises. — Vente ou mise à mort des *addicti*. — Partage du cadavre entre ses créanciers 28

CHAPITRE IV. — INTERVENTION ET RÔLE DU « VINDEX » DANS LA « MANUS INJECTIO ».

Origine de l'intervention du *vindex* dans la solidarité primitive des communautés. — Etymologie du mot *vindex*. — Textes conservés. — Rôle du *vindex* après l'*addictio*. — Rôle avant l'*addictio*. — Formes de l'intervention. — Contestation du droit du créancier par l'*actio sacramenti*. — Le *vindex* intervient en

PAGES

son nom personnel et subit les conséquences de l'action. — La condamnation prononcée contre lui est du double. — Garanties que doit présenter le *vindex*. — Recours possible contre le débiteur primitif 37

CHAPITRE V. — Du « jus pacisgendi », ou des restitutions a fournir par « l'addictus » qui veut échapper a la procédure d'exécution.

L'*addictus* est tenu d'une somme d'argent. — Conciliation de cette idée avec le principe que la condamnation pécuniaire a pour objet l'*ipsa res*. — Fixation par des arbitres des restitutions à fournir par le *judicatus* qui ne s'est pas libéré dans le délai de trente jours. 48

CHAPITRE VI. — La « manus injectio » a l'époque postérieure aux XII Tables. — « Manus injectio pro judicato » et « manus injectio pura ».

Définition de la *manus injectio pro judicato*, et cas dans lesquels elle pouvait être exercée. — La *manus injectio pura*, et son champ d'application. — Toutes les *manus injectiones*, sauf celles intentées à la suite de l'action *judicati* et de l'action *depensi* deviennent *puræ*. 53

CHAPITRE VII. — De la « manus injectio » dans l'histoire de Rome. — Adoucissements successifs qui y furent apportés. — Substitution de l'exécution réelle a l'exécution personnelle.

Raisons pour lesquelles la *manus injectio* a été si longtemps pratiquée à Rome. — Fréquence de l'exécution personnelle et situation malheureuse des débiteurs. — Séditions. — Atténuations successives. — Réglementation du taux des intérêts. — Loi des XII Tables. — Abolition du *nexum* par la loi *Pœtilia*. Loi *Hortensia*. — Privilège de la *cessio bonorum* par la loi *Julia*. 55

DROIT FRANÇAIS

TABLEAU

DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS CONTENUES DANS L'OUVRAGE

Av. du Cons. d'Et.	Avis du Conseil d'Etat.
B. C.	Bulletin civil de la Cour de cassation.
C. civ.	Code civil.
D. m. f.	Décision du Ministre des finances.
Dalloz, J. G.	Dalloz : Jurisprudence générale.
D. P.	Dalloz : Recueil périodique de jurisprudence.
Dict. de l'Enreg.	Dictionnaire des Droits d'Enregistrement, de timbre, de greffe et d'hypothèques par les Rédacteurs du Journal de l'Enregistrement et des Domaines.
Inst.	Instruction générale de l'Administration de l'Enregistrement.
J. I. D. P.	Journal de Droit international privé de M. Clunet.
J. E.	Journal de l'Enregistrement et des Domaines.
J. N.	Journal des Notaires.
Rép. Gén. ou R. G.	Répertoire général de Garnier.
Rép. Pér. ou R. P.	Répertoire périodique de Garnier.
S.	Recueil général des lois et arrêts de Sirey.
Sol.	Solution de l'Administration de l'Enregistrement.

DROIT FRANÇAIS

DES EFFETS

DE

L'EXTRANÉITÉ DES PERSONNES ET DES BIENS

SUR LA DÉVOLUTION DE LA SUCCESSION

EN DROIT CIVIL

ET SUR L'IMPOT DE MUTATION PAR DÉCÈS

EN DROIT FISCAL

INTRODUCTION

Nous nous proposons d'étudier ici : 1° les conflits de lois qui naissent en matière de succession *ab intestat ;* 2° les règles qui régissent la perception de l'impôt de mutation par décès en tant qu'il soulève des questions qui mettent en jeu des personnes ou des biens étrangers. Il faut se garder de croire que ce soient là deux sortes d'études étrangères l'une à l'autre. Les lois d'enre-

gistrement s'appliquent, en effet, non à des objets matériels mais à des droits. Elles sont, dès lors, dans une intime connexité avec le droit civil qu'elles suivent dans ses développements. Aussi les progrès du droit international privé, dans ce siècle, ont-ils fait naître également, en droit fiscal, une série de questions nouvelles que n'avaient point à trancher nos anciens feudistes.

Mais, si le droit fiscal en thèse générale ne s'isole pas du droit civil, et s'il s'en assimile les principes, il a néanmoins son caractère particulier. Le fisc, sans doute, s'empare des solutions données par les jurisconsultes ou les tribunaux en matière de lois privées ; Il en déduit souvent aussi, comme nous le verrons dans cette étude, des conséquences nouvelles ou spéciales, et l'on peut dire avec Troplong que le droit fiscal est une science qui naît dans la science même avec ses principes propres et sa jurisprudence (*Introduction à l'étude du droit*).

Les conflits de lois qui peuvent se présenter en thèse générale soit en matière civile, soit en matière fiscale, sont des plus nombreux et des plus variés ; mais le droit est une science de déduction, et l'on doit pouvoir poser au seuil des principes généraux qui servent à trancher ces conflits.

Quels sont ces principes ?

I

En droit civil, si l'on consulte l'histoire, on voit que les doctrines varient avec les époques. A Rome, le droit privé se partage en *jus civile* et *jus gentium* ou *jus naturale*. Les peuples que la Rome républicaine a soumis à son empire trouvent dans cette seconde branche du droit la règle de leurs relations avec les autres peuples ou avec les citoyens romains, auxquels sont réservées des institutions plus arbitraires, œuvre du génie national. Mais quand il s'agit d'apprécier les rapports de droit entre étrangers faisant partie d'une même nation conquise, la loi personnelle est souvent applicable. Il en est ainsi surtout en matière de ques-

tions d'état, de succession, ou d'obligation conventionnelle (1). Quant aux individus qui appartiennent à une nation qui n'est ni la sujette, ni l'alliée de Rome, ils ne jouissent en principe d'aucun droit.

Il en fut ainsi jusqu'au moment où, par suite des rapports des peuples conquis entre eux et avec les anciens Romains, la fusion se fut opérée. Le *jus civitatis*, octroyé d'abord par faveur et à titre particulier moyennant le paiement d'un droit au fisc, fut étendu par les empereurs à tout l'empire romain (2).

Avec les invasions des barbares, les peuples se superposent ; le principe de la personnalité des lois apparaît ; ou respecte dans chacun son caractère national. Dès lors, coexistent sur le même territoire autant de lois régissant la famille et les droits privés des individus qu'il y a de nations juxtaposées (3).

Mais une révolution s'opère bientôt. Les concessions de bénéfices faites lors de l'invasion par les chefs de bande à leurs compagnons de guerre deviennent héréditaires sous le gouvernement relâché des Carlovingiens. C'est l'époque de la féodalité. La prépondérance juridique, qui dans la période barbare appartenait à la personne, passe au fief, et l'on a pu dire avec raison que l'homme, au lieu de posséder la terre, est possédé par elle. Chaque seigneur s'octroie le pouvoir souverain dans l'étendue de sa châtellenie. Il est seigneur et maître des personnes qui y résident, comme du sol lui-même. Celui qui est né dans le fief doit y demeurer comme s'il y était attaché par des liens indestructibles. Celui qui

---

(1) Gaius, *Comm.* I § 92 ; III § 120 ; Ulpien, *fragm.*, titre XX § 14.

(2) L. 17 *de stat. hom.*, 1, 5 ; Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. IV, chap. 4.

(3) Il ne faut pas croire toutefois que ce soit là, comme l'a dit Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 28, ch. 2) une conséquence de l'esprit de liberté dont auraient été animés les envahisseurs. Car le système de la personnalité des lois à l'époque barbare, a, comme nous l'indiquerons plus loin, un caractère étroit. Il ne s'applique qu'aux individus qui font partie d'un corps de peuple ou de cité reconnu dans l'Etat. S'il n'en est pas ainsi, on ne peut prétendre à la jouissance d'aucun droit sans l'intervention d'une personne capable.

y pénètre devient immédiatement l'accessoire du sol et la proie du seigneur : il n'a de droit qu'autant que la bonne volonté de celui-ci veut bien lui en donner. « Toutes coutumes sont réelles, » tel est le principe.

Trois causes principales ruinèrent la féodalité : les croisades, l'affranchissement des communes, et l'avènement de la monarchie absolue. Il se forma alors dans chacune des communes qui venaient de se rendre autonomes ou dans chacune des provinces qui tombaient sous la domination royale, des coutumes et des usages particuliers qui variaient à l'infini. De là, entre ces différentes coutumes, des conflits qu'il fallut trancher.

C'est à cette époque que naquit la théorie des statuts qui eut son origine à l'école des glossateurs de Bologne. Posée déjà par Barthole, elle prit tout son essor au XVII^e^ et au XVIII^e^ siècle : D'Argentré, Dumoulin, le président Bouhier, Froland, lui donnèrent son entier développement.

L'homme est soumis à la loi soit par sa personne soit par les biens dont il est propriétaire ; de là deux catégories de statuts. Les lois qui gouvernent la personne, son état, sa capacité, rentrent dans le statut personnel et suivent l'individu partout où il lui plaît de résider ; le statut réel comprend les règles qui sont relatives aux biens, à leur mode de transmission ou d'acquisition ; les lois qui rentrent dans ce dernier statut ont un caractère absolument territorial.

Tous les statutaires étaient d'accord pour reconnaître ainsi l'existence de statuts personnels et de statuts réels. Quelques-uns même admettaient l'existence d'un troisième statut, le statutmixte ; mais ici il y avait dissidence : pour les uns, ce statut était celui qui disposait à la fois des personnes et des choses ; pour d'autres, comme Paul Voet, c'était la loi qui régissait la forme des actes.

Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie des statuts. Elle constitue sur la doctrine admise à l'époque féodale un progrès considérable. D'une part, elle est scientifique en ce sens, qu'elle embrasse tous les conflits de lois qui peuvent se présenter ; d'autre part, elle ne fait plus toujours de la personne humaine l'acces-

soire du sol ; en fait, elle reconnaît en certains cas aux lois du statut personnel une force propre, dont l'action ne se restreint plus au territoire et suit la personne partout où il lui plaît de résider.

Mais à côté de ces mérites, elle soulève de sérieuses critiques ; car cette force propre qu'elle reconnaît en fait aux lois du statut personnel, et qui fait que ces lois ont une force extraterritoriale, elle ne l'admet que comme exception, et dès lors elle ne peut la justifier théoriquement. Pour les statutaires, la personnalité des lois n'est, en effet, qu'une exception déduite du consentement des nations dans un but d'utilité générale, ce n'est qu'une dérogation au principe de la territorialité de la loi ; aussi Boullenois exprime-t-il nettement que dans le doute sur la personnalité du statut, il faut le déclarer réel (1).

En outre, il ne peut y avoir en réalité que deux sortes de statuts ; ou le statut dispose simplement des personnes, ou il dispose simplement des choses ; mais il n'y a pas, à vrai dire, de statut mixte ni de statut des actes. Quand l'homme fait un acte de la vie juridique, il a toujours en vue ou la personne humaine, ou les choses, ou toutes deux à la fois ; tantôt c'est un élément qui domine, tantôt l'autre ; tantôt encore tous deux coexistent, mais leur coexistence ne crée pas un statut nouveau.

La théorie des statuts n'est donc pas parfaite, et la science moderne a dû chercher une autre règle du conflit des lois. Dans le droit moderne, loin de prétendre que tous les droits, sauf exception, ont un caractère réel, on considère qu'ils ont en général un caractère personnel. Tout n'aboutit-il pas à la personne? Les droits de créance sont sans aucun doute personnels, puisqu'ils ont deux personnes pour aboutissants. Mais les droits sur les choses elles-mêmes n'ont-ils pas également pour fondement la personne humaine et n'en sont-ils pas aussi l'accessoire ?

Dès lors, si les droits sur les choses sont comme les droits

---

(1) *Dissertation*, *Discours préliminaires*, p. 21 ; *Traité*, t. I, p. 107 ; d'après Fœlix, liv. I, tit. II, n° 57.

purement personnels, l'accessoire de l'homme, ils doivent également le suivre au-delà du territoire. Les mêmes raisons qui font admettre, que les lois qui se rapportent à la personnalité juridique, suivent la personne en tout lieu, forcent aussi à décider que les lois qui s'appliquent aux biens ont une force extraterritoriale.

Le principe qui paraît devoir l'emporter dans les législations modernes est par conséquent celui de la nationalité. La loi personnelle de chacun le suivra sur tous les territoires, sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit de lois relatives aux biens ou de lois relatives aux personnes. Sans doute, chaque Etat a la souveraineté chez lui : cette souveraineté n'exclut pas le droit pour les particuliers de se conformer à leurs lois personnelles, qui sont les plus favorables à leur développement. Chaque nation, en effet, a ses mœurs particulières, ses coutumes, ses préjugés ; dès lors, les lois de chaque pays qui sont adaptées aux mœurs et aux coutumes des habitants, sont celles qui sont le mieux à même d'assurer le développement des facultés de chacun de leurs ressortissants. Les pouvoirs publics auxquels, incombe le devoir de favoriser le plus possible le progrès social sur toute l'étendue de leurs territoires respectifs, ont dès lors intérêt à laisser chacun suivre sa loi nationale et à s'arrêter là où ils rencontrent la liberté inoffensive des particuliers.

Le droit international privé ainsi conçu ne se fonde plus sur une simple raison d'intérêt ou de convenance réciproque, mais sur un devoir ; il a dès lors un caractère absolument obligatoire, et il répond à l'idée scientifique que l'on doit se faire du droit en général.

On reconnaîtra également au droit international privé ce caractère obligatoire en partant d'un autre principe, admis depuis longtemps sans discussion, celui de la souveraineté des Etats. Si chaque nation a le devoir de respecter les autres et le droit de se faire respecter par elles, n'est-il pas également juste qu'on respecte dans chaque étranger son caractère national et qu'on le laisse développer son activité selon sa loi personnelle ? Si la loi nationale est autonome quand on l'envisage au point de vue de

l'Etat, comme être international, elle l'est également quand on la considère dans l'individu.

Toutefois, cette application d'une loi étrangère dans un pays donné a ses limites : si cette loi est contraire à l'ordre public ou à l'intérêt de l'Etat, dans lequel on veut s'en prévaloir, elle doit évidemment être écartée. Puisque nous avons fondé le système de la liberté en cette matière sur l'ordre public, il est juste que ce soit cet ordre public qui détermine aussi quelle est la liberté permise.

Cette restriction elle-même demande à être précisée. Il y a deux sortes d'ordre public : il y a des principes qui sont de droit naturel, de morale universelle ; quand une loi n'en aura pas tenu compte, on ne pourra s'en prévaloir dans un pays étranger. Car la liberté doit s'arrêter là où elle devient immorale ou scandaleuse. Il en sera de même, si un législateur, en vue de la sécurité de l'Etat ou de ses intérêts politiques ou économiques, a édicté des ordres ou des prohibitions ; ces ordres ou ces prohibitions seront obligatoires pour tous ceux qui habitent le territoire et feront céder la loi extraterritoriale.

Mais il faut se garder d'exagérer : à côté de ces règles, il en est d'autres, qui, tout en étant inspirées par des idées économiques, morales ou politiques, ont spécialement en vue les nationaux. Ces règles, qui seront considérées comme d'ordre public pour ces derniers, n'auront évidemment pas ce caractère pour des étrangers, qui seront tenus de se plier seulement aux lois de la morale universelle, et aux règles générales édictées en vue d'assurer la sécurité de l'Etat.

Des différentes doctrines, que nous avons indiquées, la dernière, bien que la plus parfaite, n'est pas celle qui est admise par le Code civil. Les travaux préparatoires révèlent, en effet, nettement l'intention du législateur de s'en tenir à la théorie des statuts, qui est la doctrine traditionnelle.

« S'agit-il de lois personnelles, a dit Portalis, on a toujours dis-
« tingué celles qui sont relatives à l'état et à la capacité des
« personnes, d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les

« premières sont appelées personnelles et les secondes réelles » (1). Le tribun Faure s'est exprimé dans les mêmes termes : « L'article 3 « règle plusieurs points dont l'importance devait en effet lui assu- « rer une place au rang des dispositions relatives à l'application « des lois en général ; il contient les principales bases d'une ma- « tière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et « de statuts réels. Il détermine d'une manière précise et formelle « quelles sont les personnes et quels sont les biens que régit la loi « française. On a toujours compté en France autant de statuts « réels qu'il y avait de coutumes et d'usages locaux ; désormais « il n'y en aura plus qu'un seul, puisque nous aurons un Code « uniforme pour toute la France. »

Quel que soit donc le peu de valeur théorique du système statutaire, il est certain qu'il a été adopté par le législateur français qui l'a pris sans l'examiner, et sans s'apercevoir qu'il n'est pas justifié en raison, la seule base vraiment théorique du droit international privé étant la liberté limitée uniquement par les lois d'ordre public.

II

Il y a dans chaque pays des besoins collectifs à satisfaire, un ordre public à protéger, et c'est là l'une des raisons d'être de la souveraineté de l'État.

Mais, pour pouvoir remplir sa mission, l'État est obligé de prélever sur chacun des membres de l'association une quote-part de biens qui prend le nom d'impôt. Le devoir de protection, qu'il a envers tous, l'autorise à disposer ainsi d'une partie de la fortune privée pour assurer la sécurité générale, et, autant que possible, faciliter le libre développement des facultés de chacun.

Étant donné cette idée que l'on se fait de l'impôt on doit lui

---

(1) *Exposé des motifs du titre préliminaire*, Locré, t. I, p. 580, nº 12.

reconnaître un caractère absolument territorial, puisque la souveraineté s'étend à tout le territoire et se limite au territoire.

Aussi est-ce un axiôme, en matière de droit public et de science financière, que l'impôt fait partie du statut réel. Portalis le reconnaissait expressément, quand il faisait dériver le droit pour l'État de lever des impôts de sa souveraineté (Locré, T. 1, p. 581, n°. 14).

Cette base théorique de l'impôt, sans être mise nettement en relief dans la loi du 22 frimaire an VII, a cependant présidé à la rédaction des diverses dispositions de cette loi fondamentale en matière d'enregistrement.

Parmi les droits qu'elle établit, les uns s'appliquent à certains faits juridiques considérés en eux-mêmes et abstraction faite de l'écrit qui les constate : C'est ainsi que les actes contenant des transmissions de propriété ou d'usufruit de biens immobiliers doivent être enregistrés dans les trois mois de leur date, et, qu'à défaut d'acte, il doit être passé dans le même délai par le nouveau possesseur, une déclaration de la mutation qui s'est opérée à son profit par suite de convention verbale (art. 22 de la loi du 22 frimaire an VII, complété par l'article 4 de la loi de ventôse an IX) ; c'est ainsi encore que la loi frappe directement toutes les transmissions qui s'opèrent par décès de biens meubles et immeubles et oblige les héritiers à en souscrire la déclaration dans un délai fixé. Dans ces diverses hypothèses, comme le fondement de l'impôt réside uniquement dans la circonstance qu'un fait juridique s'est opéré, il faut, pour que l'impôt puisse être perçu au profit du Trésor français, que ce fait juridique ait eu lieu en France, c'est-à-dire que le bien transmis y ait sa situation légale.

D'autres fois, la loi de l'an VII, tout en ayant encore égard aux faits juridiques pour établir son tarif d'après leur nature, ne les atteint plus directement, et rattache l'obligation de l'enregistrement à l'acte écrit qui les constate.

Il en est ainsi, d'une manière générale ; pour tous les actes soumis à l'authenticité : pour les actes d'huissiers, les actes de notaires, les actes judiciaires, les actes des administrations centrales et

municipales (art. 20). Comme la cause de l'impôt réside dans l'authenticité dont ils sont revêtus, c'est-à-dire dans leur rédaction par un officier ministériel, la loi ne frappe que ceux qui sont passés devant des officiers publics français. Il en est encore ainsi, quand c'est leur usage en justice ou devant une autorité constituée, ou encore leur assujettissement volontaire à la formalité qui motivent la perception. Tels sont les actes sous seings privés qui ne constatent pas des mutations immobilières, les actes authentiques dressés par des officiers publics étrangers, qui échappent aux dispositions qui précèdent. Comme ce qui détermine, en l'espèce, l'exigibilité des droits, c'est l'usage en justice ou l'enregistrement volontaire des actes en France, le principe de la territorialité de l'impôt est encore sauvegardé, puisque le fait qui y donne lieu se passe en France. Il n'y a, d'ailleurs, rien d'injuste à ce que l'utilité juridique que les parties retirent, soit de cet usage, soit de cet enregistrement, et qu'elles doivent à la loi française, soit mise à contribution par la loi fiscale, bien que l'objet de la convention soit situé à l'étranger (1).

III

Notre but, en étudiant les conflits de lois qui peuvent se poser en matière de dévolution successorale *ab intestat,* ou d'impôt de mutation par décès, n'est pas de nous placer sur un terrain théorique et abstrait. Nous nous préoccuperons avant tout des règles du droit civil positif, et des principes posés dans la législation spéciale à l'impôt. Mais nous nous efforcerons, cependant, de ne pas abdiquer pour cela toute personnalité, et ces solutions, auxquelles nous auront conduits l'étude des textes et les décisions de la juris-

(1) En ce qui concerne le principe de la territorialité de l'impôt, voir MM. Félix et Demangeat, *Traité du droit international privé,* II, 285. Naquet, *Dissertation, Rép. pér.,* n° 5,421 ; *Dict. de l'Enregistrement,* v° Étranger, n° 43 ; Garnier, *Rép. gén. de l'Enregistrement,* 7e édition en cours de publication, v° Étranger, n° 13.

prudence, nous essaierons de les soumettre, toutes les fois que l'occasion s'en présentera, au contrôle des principes que nous venons de poser, et qui nous paraissent dominer la matière.

Nous diviserons notre étude en trois parties.

Dans une première partie, nous étudierons le droit de succession des étrangers dans l'ancien droit, et particulièrement le droit d'aubaine.

Dans une seconde partie, nous examinerons quelle est, d'après le Code civil français, la loi à appliquer à la dévolution héréditaire, et quelles sont les restrictions qui résultent de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819.

Dans une troisième partie, nous nous efforcerons de mettre en relief les principes qui dominent en matière d'impôt de mutation par décès ; nous rechercherons les effets spéciaux du partage, du statut matrimonial, et de l'exécution des legs, sur la liquidation des droits ; la loi applicable, quand la succession est ouverte dans les colonies ou quand elle comprend des biens situés dans ces colonies ; le lieu où les déclarations doivent être souscrites ; les délais dans lesquels elles doivent être passées ; les pénalités auxquelles elles donnent lieu ; le point de départ de la prescription ; enfin les biens sur lesquels le recouvrement des droits peut être poursuivi.

PREMIÈRE PARTIE

DU DROIT DE SUCCESSION DES ÉTRANGERS DANS L'ANCIEN DROIT ET PARTICULIÈREMENT DU DROIT D'AUBAINE

L'histoire du droit des étrangers en matière de succession a été souvent étudiée. Tous ceux qui se sont occupés de l'hérédité, au point de vue du droit international, sont remontés aux sources fécondes de l'ancien droit et du droit romain. Il reste donc peu de chose à dire après les travaux érudits faits sur cette matière. Analyser, dans un tableau général, le résultat de ces recherches, présenter dans une espèce de synthèse sommaire, la situation de l'étranger aux différentes époques de l'histoire, tel est le but modeste que nous nous proposons ici.

Dans les sociétés antiques, il n'est guère question de succession pour l'étranger, car il n'y a pas à vrai dire de droit international privé. Cela se comprend : pour qu'il y ait des règles, qui régissent les relations particulières d'individus appartenant à des peuples différents, il faut que l'unité du genre humain soit reconnue. Or, l'antiquité méconnaît l'unité humaine et les religions, comme les plus illustres penseurs, loin d'en proclamer l'idée, la combattent. Tous les peuples sont ennemis ; tous les individus de nationalités différentes sont ennemis. L'hostilité entre nations est donc l'état naturel et l'étranger n'est pas un être capable de droit.

Dans l'Inde, les étrangers sont dans une condition inférieure, avilissante même, cela parce qu'ils sont exclus de la communion religieuse. Ils ne sont pas seulement au dernier degré de l'échelle sociale ; ils ne viennent dans la hiérarchie des créatures, qu'après

les éléphants et les chevaux. (Laurent, *Droit civil intern.* I, 113).

Chez les Egyptiens, même horreur de l'étranger : le sol de l'Egypte seul est pur ; le reste du monde est le séjour de l'impureté. Ainsi, on laisse l'étranger à l'écart de la société ; les prêtres interdisent toute communication avec lui. « Il n'y a point d'Egyp- « tien, dit Hérodote, qui voulût embrasser un Grec, ni même se « servir d'un couteau d'un Grec, ni goûter de la chair d'un bœuf « qui aurait été coupée avec le couteau d'un Grec. » (D'après Laurent, *op. cit.*, I, 114.)

Chez les Hébreux, les mêmes idées dominent. Le peuple hébreu seul connaît le vrai Dieu ; lui seul est un peuple de saints. Sa religion orgueilleuse en fait l'ennemi du reste du genre humain. Les livres saints renferment de nombreuses traces de cette haine pour les autres nations. Ainsi, si l'étranger a, pendant sa vie, la jouissance de quelques droits, à sa mort, le premier occupant peut s'emparer de ses biens. Pourtant, l'esprit de prosélytisme des Hébreux leur fit faire quelques concessions ; l'étranger qui se convertissait ne restait pas étranger ; il pouvait transmettre sa succession à ceux de ses enfants dont la naissance était postérieure à cette conversion (Laurent, *op. cit.*, I, 114 ; Pastoret, *Histoire de la législation*, III, 473.)

En Grèce, on était étranger de cité à cité, mais la situation de l'aubain y était moins dure que chez les autres nations. Sans doute, il ne pouvait posséder aucune partie du sol, ni disposer de ses biens par testament, ni succéder à un citoyen. Mais il lui était permis de transmettre ses biens meubles à ses héritiers légitimes, au moins jusqu'à concurrence des 5/6, le fisc s'appropriant le surplus seulement, ainsi que ses esclaves. Les incapacités ci-dessus durent même disparaître à la longue ; des traités se conclurent entre cités accordant réciproquement à leurs nationaux le droit de se faire représenter en justice, ce qui suppose la jouissance des droits civils. Mais il n'en fut ainsi que pour les Grecs. Avec les Barbares, il n'y eut jamais aucun rapport d'intérêt privé ; on les assimila toujours à des esclaves et même à des animaux. (Laurent, *op. cit.*, I, 131 ; Pastoret, *op. cit.*, VI, 442 et 445).

La législation romaine n'a rien de bienveillant pour l'étranger. Le peuple romain n'a de rapport avec lui que sous la forme de domination : « *In hostem perpetua auctoritas* », disait la loi des XII Tables : « *Tu regere imperio populos* », disent ses poètes les plus humains et les plus doux. C'est l'idée de force qui domine et qui exclut l'idée de droit. De là, vient à Rome le nombre considérable des esclaves, qui se recrutent parmi les nations vaincues. Ceux mêmes d'entre les étrangers qui restent libres, n'ont aucun des droits du citoyen romain. Dans la sphère du droit privé, le législateur leur refuse le *connubium* et le *commercium* ; par suite, on ne leur reconnaît ni la puissance paternelle, ni la propriété quiritaire. Ils ne peuvent accomplir ni les formalités rigoureuses de la mancipation, ni acquérir par usucapion ; ils n'ont de *factio testamenti* ni active ni passive. « *Deditiorum numero « hœres institui non potest, quia peregrinus est cum quo « testamenti factio non est* ». (Ulpien, *frag.* XXII, § 2, XX, § 15).

Cette sévérité fut pourtant vite tempérée par les mœurs d'un peuple devenu plus généreux. On admit l'étranger à la succession, en fraude de la loi, au moyen des fideicommis, et, d'une manière plus générale, on lui permit de rapprocher sa condition de celle des citoyens en se mettant sous le patronage et la clientèle des Romains. (Cicéron, *de orat., lib.* 1 ; Pasquale Fiore, *Droit int. privé*, p. 15).

Avec le temps même, les peuples juxtaposés qui formaient l'empire romain finirent par se confondre ; il était naturel qu'avec la confusion des peuples, se produisît l'assimilation des citoyens et des pérégrins au point de vue du droit privé et notamment en matière de succession. Nous avons démontré dans notre introduction que tel a été, en effet, le développement du droit international.

Un événement considérable s'était d'ailleurs produit qui n'avait pas peu contribué à faire cette assimilation. Une religion nouvelle était née, chassant le culte étroit des Romains, et leurs dieux proscripteurs des étrangers. Le christianisme, en proclamant

l'unité de la race humaine, faisait faire au droit international un pas immense. Pourtant il ne faut pas exagérer son influence, car ce n'est pas à lui, mais au législateur révolutionnaire, que nous devons le principe de l'égalité civile, sur lequel se fonde théoriquement le droit de l'étranger. Nous devons dire même, que le christianisme a poussé à l'excès cette idée d'unité humaine, au point d'essayer d'anéantir toute diversité internationale et même toute vie individuelle. C'est pour cela que le Moyen-Age sera rempli de la lutte de la Papauté qui représente le principe de cette unité, avec les rois, qui incarnent en eux l'individualité des nations.

L'unité romaine ne devait pas durer longtemps. Elle existait à peine, que déjà elle se brisait. Les Barbares se ruaient à grands flots sur l'empire, et la situation de l'étranger redevenait aussi dure qu'aux premiers âges de l'humanité.

Sans doute après les invasions, les Romains, les Gaulois, les Burgondes, les Francks, qui vivaient côte à côte sur le même territoire, gardèrent leur condition privée. Mais, il n'en fut ainsi que pour eux. Les étrangers proprement dits, c'est-à-dire ceux qui n'appartenaient pas aux nations vaincues, furent traités avec la dernière violence. Pourtant le législateur les avait pris sous sa protection, la loi des Burgondes en témoigne : « Qu'aucun ne « s'imagine, dit cette loi, avoir le droit de faire un esclave de « l'étranger ; qu'aucun même n'ose nous demander de le faire son « esclave ». (D'après Laurent, *op. cit.*, I, 263 . Mais la loi fut impuissante. On considéra toujours, d'une manière générale, les étrangers comme des êtres indignes de participer à la loi. On pouvait même les tuer impunément; la composition, qui était le seul mode de répression des crimes et des délits, ne pouvait atteindre le meurtrier.

C'est d'ailleurs le système des compositions lui-même, implanté de l'ancienne Germanie, qui fut la cause de cette situation rigoureuse faite aux étrangers. On sait que tout homme libre, en Germanie, avait droit à l'inviolabilité de la propriété, de la vie et de l'honneur. Mais comme il n'y avait pas de pouvoir social orga-

nisé, chacun dut au début venger lui-même l'offense qui lui était faite. On trouva naturel d'appeler à son aide sa famille, soit pour attaquer celui dont on croyait avoir à se plaindre, soit pour se venger. Les familles ressentant moins l'injure que l'individu, trouvèrent souvent un moyen de terminer la guerre dans le paiement d'une composition (*wergheld*) ; puis la peuplade elle-même, intéressée au maintien de la tranquillité publique, favorisa ce système. Il s'établit ainsi, soit dans les familles, soit dans les peuplades, une espèce de solidarité active et passive, qui donnait droit à la communauté (*gau*) d'exercer la composition pour celui de ses membres qui avait été lésé, et qui le forçait à répondre de l'acquittement du *wergheld* en cas d'insolvabilité du coupable (Loi Salique, liv. VIII, d'après Dalloz. V° *Droits civils*, n° 25).

Or, l'étranger (*warganeus* ou *gargangus*) ne faisait partie d'aucune communauté d'hommes libres. Il n'avait, dès lors, droit à aucune garantie, puisqu'il n'était d'aucune famille, et qu'il ne pouvait jouir de la protection d'aucune des peuplades qui habitaient le territoire. Il était, pour ainsi dire, hors la loi, jusqu'à ce qu'une personne libre voulût bien répondre de lui. De là aussi son incapacité en matière successorale ; ne faisant pas partie des communautés d'hommes libres, il ne pouvait venir au partage des biens, qui étaient la propriété non des individus, mais de la collectivité à laquelle ils appartenaient. (Dalloz, V° *Droits civils*, n° 26 ; Demangeat, *De la condition civile des étrangers en France*, n^{os} 6 et 30.)

Ces anciennes associations ne disparurent pas tout à coup, et la condition de l'étranger ne s'améliora guère. Quand les Francs se partagèrent les terres, les étrangers, qui n'avaient fait partie d'aucune bande, restèrent, comme par le passé, à l'écart, et continuèrent d'être à la discrétion des envahisseurs et même des anciens habitants de la Gaule. D'où cette conséquence, qu'en droit privé, ils restèrent soumis aux mêmes incapacités qu'auparavant. C'est ainsi que la loi des Lombards leur interdit de transmettre par testament ou *ab intestat* à d'autres qu'à leurs enfants légitimes (Liv. III, tit. 15). C'est ainsi encore que la loi des Angles leur

défend, d'une manière absolue, de succéder à l'alleu, dont la propriété reste l'apanage exclusif de ceux qui ont le droit de porter des armes, de paraître au champ de mai (tit. 6, § 5).

Quand la fusion des vainqueurs et des vaincus se fut opérée, le droit de transmettre ou d'acquérir à titre héréditaire ne fut pas reconnu davantage aux étrangers. M. Demangeat (*op. cit.*, n° 18) nous apprend qu'en 806, Charlemagne, en divisant son empire entre ses trois fils, prit soin de déclarer expressément dans son fameux capitulaire intitulé « *Charta divisionis regni Francorum* », qu'il voulait que les sujets de ses trois fils succédassent à leurs parents, même quand ceux-ci n'étaient pas du même royaume. Que conclure de là, sinon que l'usage qui dominait alors était absolument contraire ?

On a désigné sous le nom de droit d'aubaine toutes les incapacités et spécialement celles de succéder et de transmettre qui ont pesé sur l'étranger, en cette qualité, pendant tout le moyen-âge jusqu'aux temps modernes. On est loin d'être d'accord sur l'étymologie qu'il convient de donner au mot aubaine. Les uns le considèrent comme provenant de la réunion des deux mots « *alibi nati* », nés ailleurs (Demangeat, *op. cit.*, n° 23) ; d'autres soutiennent que le nom d'aubaine propre aux Scots ou Ecossais fut étendu par analogie pour désigner tous les étrangers (Demangeat, *loc. cit.* ; Dragoumis, *De la condit. de l'étranger*, p. 6 ; Laurière, *Notes sur Ragueau ;* Rossi, *Encyclopédie du droit*, V° *Aubaine*) ; enfin, d'après Sapey, le terme d'aubaine viendrait de ce que les étrangers étaient enregistrés sur un album (*Les étrangers en France*, p. 52 et suiv.). Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il désigne la condition malheureuse des étrangers qui payaient chèrement autrefois la faculté, qui leur était donnée, de résider en France.

Le droit d'aubaine est sorti tout naturellement de la situation faite aux étrangers à l'époque des invasions en Gaule, situation que nous venons de faire connaître. Bodin, dans son *Traité de la République*, lui assigne même une origine plus ancienne. Il le fait découler des Grecs et des Romains. Mais c'est là une opinion

erronée. D'une part, en effet, les barbares envahisseurs méprisaient trop les Romains pour leur emprunter leur législation, et si les Gallo-Romains vaincus purent conserver leurs lois personnelles, ils ne purent jamais les faire prédominer. D'autre part, nous avons vu que la situation de l'étranger était devenue fort douce à Rome, et que l'assimilation avait fini par se faire entre citoyens et pérégrins. L'origine du droit d'aubaine ne peut donc se chercher que dans la période barbare.

Il est difficile d'indiquer, avec quelque précision, en quoi consistait le traitement infligé aux aubains. Ce traitement variait selon le temps, le lieu, le caractère de celui qui l'exerçait, et la personne qui y était soumise. Un point certain, c'est que ceux qui étaient serfs dans leur pays d'origine ne changeaient pas de condition ; serfs ils étaient nés, serfs ils restaient. Pourquoi, en effet, en aurait-il été autrement ? Pourquoi auraient-ils changé de condition en changeant de pays, et en fuyant la domination de leur seigneur ? Ce qu'il y a de sûr aussi, c'est que les hommes libres, en subissant certaines incapacités, ne devenaient pas serfs de plein droit, par cela seul qu'ils avaient mis le pied sur le sol étranger ; ils ne le devenaient que si, dans l'an et jour, ils n'avaient pas fait aveu au seigneur. On présumait que s'ils s'abstenaient, c'est qu'ils étaient serfs et, presque toujours, en effet, la présomption était conforme à la réalité des faits.

Les étrangers étaient aussi traités plus ou moins rigoureusement, selon qu'ils appartenaient à un diocèse ou à une châtellenie voisine (*aubain* ou *estrange*) ou à une autre nation (*épaves, mécrus* ou *méconnus*). Les uns et les autres (nous supposons bien entendu qu'il s'agissait d'hommes libres) avaient un an et jour pour s'avouer l'homme du seigneur sur la terre duquel ils venaient s'établir. Mais, tandis que l'aveu du méconnu ou épave pouvait être refusé par le seigneur, selon son bon plaisir, celui du forain ou estrange ne le pouvait sans motif grave. Des différences existaient même entre les aubains des deux catégories qui n'avaient pas fait aveu : l'épave devenait serf de corps et était absolument incapable de succéder et de transmettre ; le forain, au contraire,

bien que réduit aussi à peu près à l'état de servage, pouvait tester en laissant quatre deniers au seigneur. (Voir *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, § 87, d'home estrange qui n'a point de seigneur ; *Coutume de Saint-Cyran en Touraine et coutume de Ludenois,* au titre de Moyenne Justice, art. 5, d'après M Demangeat, n° 24.)

La situation des étrangers, telle que nous venons de l'étudier, est celle qui leur était faite dans les pays soumis au régime féodal, c'est-à-dire dans le Nord de la France. Nous verrons plus loin que dans le Midi, et ensuite dans les villes de franchises municipales, leur sort était beaucoup plus doux.

Dans cette première période, le droit d'aubaine appartenait concurremment aux seigneurs et aux rois de France. Ces derniers, devenus de jour en jour plus puissants, usèrent de toutes les armes dont ils pouvaient disposer pour affaiblir l'autorité des seigneurs ; en l'espèce, ils firent proclamer par les légistes qu'ils étaient les désenseurs et les avoués des étrangers, et ils réussirent ainsi à confisquer à leur profit le droit d'aubaine. Cette révolution eut pour conséquence immédiate de faire disparaître l'une des deux classes d'aubains que nous venons d'indiquer : le pouvoir royal ayant la prétention de s'élever au-dessus de toutes les seigneuries, de les englober toutes, il n'y eut plus nécessairement comme étrangers, que ceux qui étaient originaires d'un pays en dehors de la France.

Ceux qui restèrent soumis au droit d'aubaine (mécrus, méconnus), furent traités avec plus de ménagement par les rois. Le passage suivant des *Établissements* le démontre en ce qui concerne le droit de succession : « Se gentilhons a hons mesconnu en « sa terre ; se il servait le gentilhons et il morust, le gentilhons « aurait la moitié de ses meubles ; et se il muert sans hoir et sans « lignage, toutes ces choses seront au gentilhons. Mais il rendra « sa dette et fera l'aumosne. Et si li mesconnus avait conquises « aucunes choses sous autres vavasseurs que sous celui à qui ils « seraient hons, li autres sires n'i auraient rien par droit ». (*Établissements*, des hons mesconnus en terre de gentilhons ou

de home mescru de son seigneur). D'après ce texte, l'incapacité pour l'étranger de transmettre sa succession n'est plus absolue. Si l'aubain laisse des enfants, le roi ne prend que la moitié de ses biens. C'est seulement quand il décède sans postérité que toute sa succession revient au seigneur, et encore celui-ci est-il chargé de payer les dettes du défunt et de faire l'aumône. La situation de l'aubain s'était donc fort adoucie déjà à l'époque des *Établissements*.

Le progrès ne devait pas s'arrêter là. Peu à peu, l'ancienne règle, qui donnait au seigneur le droit de recueillir la succession (*droit d'écheoite*), ne fut plus observée, que dans l'hypothèse ou l'aubain ne laissait « aucun hoir légitime héritier de son corps » dans le royaume. « Epave ou aulbain mort, disent les coutumes, ne peut avoir héritier que son corps ». Le principe que l'étranger ne peut tester ne resta pas non plus intact. On lui permit de disposer de ses biens jusqu'à concurrence de cinq sols « *sepulturæ gratia* », c'est-à-dire afin de pouvoir obtenir avec cette somme une concession en terre sainte. La coutume de Laon le déclare expressément : « Et ne peut une espave, dit cette coutume, tester « ou faire testament et par iceluy disposer de ses biens fors de « cinq sols. » (D'après Guétat, *Hist. élém. du Droit français*, p. 348). En définitive, une seule incapacité resta complète, celle de succéder « aubains ne peuvent succéder, dit Loisel dans ses « *Institutes coutumières* » (Liv. 1, règle 50, d'après Demangeat, n° 30).

Les rois s'étaient même montrés un moment d'une absolue générosité. Des lettres de Louis X avaient donné, en France, force de loi à la célèbre constitution de Frédéric II de Hohenstaufen. Cette constitution, qui fut insérée par Irnerius dans le *corpus juris*, au titre « *Communia de successionibus* » du Code de Justinien, et dont le pape Honorius recommandait l'exécution à tous les princes temporels, abolissait le droit d'aubaine. « Que tous les étrangers « et les pérégrins, disait-elle, s'établissent librement où ils le « désirent ; s'ils veulent tester, qu'ils aient le pouvoir de régler « leurs biens comme ils l'entendent ; leurs volontés seront des

« ordres ; s'ils meurent *ab intestat*, le seigneur du lieu ne pourra « s'emparer de leurs biens, qui devront être remis à l'évêque, à « charge par lui de les rendre aux héritiers, si cela est possible. »

C'était là une révolution capitale. Mais la constitution de Frédéric II, resta toujours en France lettre morte.

Il faut chercher la cause de l'insuccès de cette mesure libérale dans l'influence des légistes sur la royauté. En effet, si les légistes ont aidé à mettre le droit d'aubaine aux mains des rois ; s'ils ont aidé jusqu'à un certain point à l'adoucir, ils ont aussi puissamment contribué à la perpétuer. A l'époque féodale, le droit d'aubaine n'était qu'une exaction, que le droit du plus fort ; le législateur, nous l'avons vu, bien loin de le consacrer, avait pris quelquefois la défense des étrangers. Remontant à l'époque classique de Rome, les légistes avaient distingué, comme les jurisconsultes romains, les droits des gens et les droits civils ; comme eux, ils avaient décidé que les étrangers pouvaient acheter, vendre, acquérir, échanger, en un mot, faire tous les contrats entre vifs prévus par le droit, parce que tous ces actes sont considérés comme du droit des gens ; mais ils ne leur avaient permis, ni de transmettre, ni de recueillir librement par succession. Le droit de succession, était, en effet, d'après les Romains, un droit civil, dans le sens strict du mot, la loi naturelle obligeant seulement à nourrir ses enfants, non à les faire héritiers (1). Ils avaient ainsi fait du droit d'aubaine une véritable institution juridique, et ils lui avaient donné une vitalité nouvelle, d'autant plus forte, qu'à cette époque le droit romain jouissait de l'autorité la plus incontestée.

En outre, les légistes ne s'étaient pas contentés de donner au droit d'aubaine considéré au point de vue passif, c'est-à-dire au point de vue de l'étranger qui y était soumis, toute la force d'une institution juridique ; pour le mettre aux mains de la royauté, ils en avaient encore changé la base au point de vue du titulaire qui

---

(1) L'étranger vit libre et meurt serf en France, disait-on sous l'ancienne jurisprudence, pour résumer toutes les incapacités de l'aubain.

avait le droit de l'exercer. Ils l'avaient fait dériver des lois de police générale de l'État qui rentraient dans les attributions du roi seul (1). C'est là une autre raison pour laquelle le droit d'aubaine qui était au début un droit privé se confondant avec le servage, est devenu entre les mains des rois distinct de cet autre droit barbare, et a gardé toute sa force jusqu'à la révolution, tandis que le droit sur les serfs resté aux mains des seigneurs, a fini par disparaître longtemps auparavant sous les efforts perpétuels des rois pour affaiblir la féodalité.

Les principes posés par les légistes ont fait aussi que les jurisconsultes les plus éminents ont pris la défense du droit d'aubaine. « Il y a, a dit, en plein XVIII[e] siècle, Domat qui se pique pour-« tant d'être un jurisconsulte doublé d'un philosophe (édit. de 1877, « p. 345, § 13, d'après Basislesco, *Thèse pour le doctorat*, Paris, « 1884 p. 21), une succession qui appartient au roi, c'est celle des « étrangers. Le droit à ces successions, s'appelle droit d'aubaine, « ce qui est fondé, non seulement sur le droit romain, mais sur « l'ordre naturel qui distingue la société des hommes en divers « États, Royaumes ou Républiques. Car, c'est une suite naturelle « de cette distinction que chaque nation, chaque Etat règle, par « ses lois propres, ce qu'il peut y avoir dans les successions et « dans le commerce des biens qui dépendent des lois arbitraires, « et qu'on y distingue la condition des étrangers et celle des « originaires. Ainsi, ils ne succèdent à personne et personne ne « leur succède, non pas même leurs proches, afin que les biens du « royaume n'en soient pas distraits et ne passent pas aux sujets

(1) Pour ce qui est du droit d'aubaine, dit Loiseau, il est juste de l'attribuer au roi seul ; ce n'est point qu'il y ait vacance ou déshérence absolue en l'étranger, qui ordinairement a des parents aussi bien que le naturel français ; ce n'est pas même que ses parents soient empêchés de lui succéder par le droit de nature ou des gens, mais par la loi particulière du royaume qui prive l'étranger d'être héritier ou de laisser héritiers en France : loi qui regarde la police générale de l'État, et pourtant appartient au roi seul, comme pour l'augmentation du royaume, non pour accroitre et avantager les seigneurs particuliers. (D'après Dalloz, v[o] *Droits civils*, n[o] 27.)

« d'autres princes ». Pothier, dont l'esprit juridique est toujours si élevé, a dit lui-même, à la veille de la Révolution qui allait inscrire dans toutes ses constitutions que les hommes étaient frères, que « les étrangers peuvent faire toutes sortes d'actes entre vifs, « mais que la faculté de disposer et de recevoir à cause de mort, « leur est refusée parce qu'ils ne jouissent pas de ce qui est de « droit civil ». (*Coutume d'Orléans, Introduction générale aux coutumes*, chap. II, § 11, n° 30 et *Traité des personnes*, partie I, tit. II, sect. 2). Pour les jurisconsultes plus anciens c'était pis encore : le droit d'aubaine était pour eux une institution sacrée : « La pérégrinité, disait Bacquet, est une macule... Il ne « faut pas que les étrangers viennent sucer le sang et la moelle des « Français..... joint que par les lois et ordonnances du royaume, « il est défendu de transporter l'or et l'argent hors de France, ce « qui adviendrait si l'étranger succédait à l'aubain, car, inconti- « nent après avoir appréhendé la succession, il vendrait les biens « et se retirerait hors du royaume. »

Quoiqu'il en soit de ces doctrines, le succès avait pleinement couronné les efforts des légistes, de telle sorte qu'au XIV^e^ siècle, le privilège du roi ne faisait plus doute ; il était reconnu, sans conteste, que le roi succédait aux aubains décédés « sans conve- nable héritier ». Bacquet appelle cette prérogative royale un des plus beaux fleurons de la couronne de France. Le droit d'aubaine était pourtant, si l'on en croit les historiens, d'un bien mince profit : il ne rapportait à la couronne guère plus de 40,000 écus par année. Il finit même par produire si peu, qu'à la fin les rois ne le gardaient plus pour eux, et qu'ils en faisaient cadeau quel- quefois à un parent du défunt, le plus souvent à une favorite ou à un favori. Cette coutume devint même d'un usage si général, qu'il se forma toute une jurisprudence sur les donataires du roi, qui figurent toujours dans les successions des étrangers, au lieu du fisc, et qu'il donna naissance à une maxime, qui devint plus tard un adage indiscuté, à savoir que le roi devait avoir les mains pures de toute confiscation.

Lorsqu'il y avait lieu à l'exercice du droit d'aubaine, le pro-

cureur du roi ordonnait la saisie des biens, puis après avoir constaté, sur une enquête sommaire, l'extranéité du défunt, le juge attribuait les biens au roi. Lorsque les biens, qui tombaient sous le coup du droit d'aubaine, devinrent l'objet de concessions gracieuses de la part des souverains, d'autres formalités devinrent nécessaires ; il fallut faire approuver la donation par la Chambre des comptes qui était chargée de vérifier les dons et de les restreindre s'ils étaient excessifs. (Ordonnance de Charles VIII du 24 juin 1492 ; article 304 de l'Ordonnance de Blois ; Dalloz, v° *Droits civils*, n° 38.)

Après nous être efforcé d'indiquer quel a été, selon les époques, le fondement du droit d'aubaine, et quel était le traitement infligé à ceux qui étaient soumis à ce droit excessif, nous allons essayer d'en préciser l'étendue et de mentionner les principales exceptions qui y furent apportées.

Un point qui est établi, c'est qu'à l'époque féodale, le droit d'aubaine ne s'appliquait pas à l'aristocratie. « En noblesse, dit « la coutume de Vitry, ne gist espavité, qui est à entendre que les « nobles natifs et demeurans es pays d'Allemagne, Lorraine ou « ailleurs hors du royaume succèdent à leurs parents décédés. » (Laurent, *op. cit.*, I, 264). Les hommes qui n'étaient pas de noble lignage et les serfs, pouvaient donc seuls être frappés des incapacités qui résultaient de l'application du droit d'aubaine.

L'exception au droit d'aubaine, que nous venons de mentionner, ne fut pas perpétuelle ; elle disparut sous l'influence des légistes qui, dans leur inflexible logique, finirent par exclure de la succession en France les gens de haut lignage, aussi bien que les gens de basse condition. (Laurent, *op. cit.*, I, 367.)

On a dit que le droit d'aubaine ne s'appliquait pas non plus quand il s'agissait d'étrangers voyageant accidentellement en France. Cette opinion, qui a pour elle le jurisconsulte Dumoulin, ne paraît pas avoir triomphé ; dans tous les cas, la jurisprudence semble n'avoir jamais admis ce tempérament. (Demangeat, n° 41.)

Les étrangers, qui avaient des enfants régnicoles, furent de

bonne heure relevés de l'incapacité de leur transmettre leurs biens par succession (*Coutume d'Anjou*, art. 41 ; *Coutume du Maine*, art. 48 ; *Coutume de Péronne*, art. 7). Ce fut là une faveur accordée seulement au père, puisque ses enfants, étant nés dans le royaume, jouissaient des droits civils, et pouvaient par conséquent transmettre et recueillir par succession. Cette exception en entraîna une plus considérable. Il arrivait souvent que l'aubain avait plusieurs enfants, dont quelques-uns seulement étaient régnicoles ; les rois autorisèrent même ceux qui n'étaient pas nés sur le sol de France, à prendre part à la succession. C'était là d'ailleurs une largesse peu coûteuse, puisque le fisc se trouvait exclu par l'existence d'un seul enfant légitime, et que le roi n'aurait jamais eu droit à la succession à titre d'aubaine. Par le même motif, on reconnut aussi que le testament d'un étranger, qui avait un enfant légitime, et qui disposait de ses biens au profit d'étrangers, se trouvait valable.

Nous avons indiqué déjà que le droit d'aubaine était généralement inconnu dans les pays de droit écrit. Après avoir essayé d'y implanter ce droit excessif, les rois avaient dû se résigner à y renoncer. Des lettres-patentes de Louis XI (juillet 1475), enregistrées au Parlement de Toulouse, reconnurent aux étrangers des trois Etats du Languedoc le droit de « tester, ordonner et « disposer de leurs biens meubles et immeubles par testament et « autrement, ainsi qu'il leur plaira. » Ces lettres patentes furent confirmées en 1483 par Charles VIII. Un privilège identique existait, si l'on en croit Guy Coquille, non seulement en faveur de Toulouse, mais encore de Lyon et de Bordeaux : « Aucunes villes « de ce royaume, dit-il dans son *Commentaire de la coutume « de Nivernais* (chap. des *Successions*, sur l'article 24), ont « lettres de privilège général, par lesquelles les étrangers y venant « demeurer, sont naturalisés, leur est permis d'acquérir biens en « ce royaume et en disposer par testament, et leurs parents peuvent leur succéder sous la modification susdite ; pourvu que « ceux qui veulent succéder soient regnicoles. Ces villes sont « Lyon, Tholose et Bordeaux... » Un édit de Louis XIV, en 1669,

accorda la même faveur à Marseille ; et enfin Boérius nous affirme qu'en Guyenne on ne chercha jamais à contester aux étrangers la liberté de tester. (D'après Demangeat, n° 47.)

L'affranchissement des communes eut, en matière de droit d'aubaine, une influence heureuse. Dans presque toutes les villes de franchises municipales, les étrangers pouvaient tester ; quelquefois même les cités furent assez puissantes pour les faire exempter complètement des incapacités prononcées contre eux. Un édit du 26 février 1362 soustrait au droit d'aubaine tous étrangers membres du chapitre de la ville de Reims ; une charte de Charles V, en 1364, déclare que « toutes personnes appelées « vulgairement aubains ou aubaines ou épaves de quelque part « venant, tant comme elles démourront en la ville ès bans et for- « bours de Chaalons, seront franches et tenues pour franches de « toutes servitudes. » (D'après Demangeat, n° 47.) La ville de Calais obtint des lettres d'exemption de Charles IX, en 1567, et de Henri IV, en 1599, pour tous les étrangers à l'exception des Anglais. La ville de Metz s'octroya elle-même ce privilège, et elle résista, avec une telle énergie, aux rois qui refusaient de le reconnaître, qu'en 1689 un arrêt du Parlement vint sanctionner cet état de fait. En Artois, non plus, comme le dit l'article 4 de la coutume, « on n'usait point d'aubanité » et il en était de même dans les deux villes de Longwy (lettres patentes de décembre 1684) et de Dunkerque (édit de 1662). Ce qu'il y a de remarquable dans ces exemptions, c'est que les Juifs étaient, la plupart du temps, exclus de l'exercice du privilège qui était ainsi concédé.

On ne considérait pas comme véritablement aubains les individus originaires de pays qui avaient été sous la domination du roi de France, ou sur lesquels ce monarque élevait des prétentions. Toutefois l'application de cette règle ne fut pas sans présenter de nombreuses difficultés, car si on s'entendait à reconnaître que le bénéfice de l'exemption devait s'accorder à certains pays, comme le comté d'Avignon, la Flandre, le Tournesis, le Cambresis, le Milanais, le duché de Bourgogne et les Trois-Evêchés, de vives controverses existaient pour la Franche-Comté et la

Bretagne, et les rois ne se pressaient pas de les trancher. Ils avaient, en effet, à la fois, intérêt à afficher leurs prétentions sur certains pays et à traiter en aubains les ressortissants de ces pays pour s'emparer de leurs successions. L'ingénieux Bacquet trouva moyen de contenter l'avidité royale en tout état de cause, en les faisant considérer comme aubains selon que le roi y trouvait ou non son compte. « Ces personnes, dit-il en parlant des individus « originaires des provinces pour lesquelles la controverse existait, « ne sont pas réellement des aubains, car elles ne sont pas nées « en pays étranger, mais pour les punir de ne pas obéir au roi de « France, il est juste et on fait bien de les réputer aubains et de « les traiter en conséquence. »

Il faut dire pourtant, à la louange des rois de France, qu'ils ne se montrèrent pas toujours aussi égoïstes. Certains pays, amis de la France, furent exemptés dans une certaine mesure du droit d'aubaine, sans que les rois y eussent un intérêt direct : des lettres patentes de Louis XI, exemptèrent du droit d'aubaine les Suisses qui étaient à son service, qui se mariaient en France et qui y demeuraient, ainsi que leur veuve, leurs enfants et leurs héritiers tant qu'ils continueraient à habiter le royaume, et ce privilège fut étendu d'une manière générale à tous les Suisses en 1635. En 1547, les officiers et soldats de la garde du roi nés en Ecosse, reçurent pleine capacité de succéder et de transmettre, et, comme le précédent, ce privilège devint général (1558). Henri II, en 1550, naturalisa en masse tous les Portugais qui habitaient la France. En 1596, ce fut au tour des Génevois a être exemptés du droit d'aubaine. Enfin, en juillet 1770, ce même privilège fut concédé à vingt-deux villes impériales.

Le principal objet des privilèges que nous venons d'étudier en dernier lieu, était de faire disparaître l'incapacité de transmettre et de recueillir par succession. Mais, à ce point de vue, même leur étendue variait : quelquefois l'étranger était presque confondu avec le sujet du roi, et pouvait transmettre et succéder à ses parents français et étrangers : tel était le privilège accordé aux Ecossais et aux Avignonnais ; d'autres fois, et c'était le cas le plus

fréquent, les étrangers privilégiés ne pouvaient hériter que de leurs parents étrangers.

Une exemption d'un autre genre, c'est celle qui résulta de l'habitude que prirent les rois d'octroyer des lettres de naturalité, lettres qu'on appelle quelquefois aussi lettres de bourgeoisie, de civilité ou d'adoption. Cette habitude prit naissance vers le XIII[e] siècle. Le bourgeois du roi était, en principe, l'homme libre qui habitant sur le domaine d'un seigneur, était soustrait à la juridiction de ce seigneur et ne relevait que de la juridiction royale à moins de flagrant délit (Viollet, *Hist. du Droit français*, p. 317). Il y eut probablement au début des bourgeoisies seigneuriales aussi bien que des bourgeoisies royales. Mais, avec le temps, le pouvoir de conférer des lettres de bourgeoisie devint l'apanage exclusif des rois. Des lettres de bourgeoisie furent souvent données aux étrangers. Elles avaient pour effet immédiat de faire considérer l'aubain comme naturel du royaume. L'étranger, qui avait ainsi obtenu des letires de naturalité, acquérait une capacité complète ; à certains égards, il était même traité plus favorablement que le Français, car il pouvait disposer de ses biens sans être assujetti aux réserves établies par la coutume de la situation des biens, cette coutume ayant pour objet unique de réglementer la succession légale et non la succession accordée en vertu d'un privilège spécial. Il est vrai qu'il y avait le revers : l'étranger, qui ne tirait sa capacité successorale que des lettres de naturalité, ne pouvait hériter en France, si le *de cujus* y laissait des successibles même plus éloignés, à moins qu'il ne fût enfant légitime.

Pour être valables, ces lettres de naturalité étaient soumises à une double condition : 1° Elles devaient être enregistrées à la Chambre du domaine et à la Chambre des comptes et les rois profitaient de cet enregistrement pour se faire payer une redevance. Bacquet nous apprend, en effet, qu'à cette occasion « MM. des Comptes taxaient quelques petites sommes, telles que bon leur semblait. » 2° L'étranger auquel des lettres étaient accordées, devait demeurer en France. Cette condition toutefois ne fut pas

toujours exigée ; des princes étrangers obtinrent souvent des lettres sans résider dans le royaume : tels furent Laurent de Médicis (1519) et le cardinal Barberini (1652), pour ne citer que des plus célèbres (Viollet, *op. cit.* p. 319).

De très nombreuses exemptions du droit d'aubaine furent de bonne heure accordées par les rois dans le but de favoriser le commerce. Mais les privilèges de cette catégorie eurent beaucoup moins d'étendue que les précédents. D'abord ils se restreignaient aux biens meubles. Ainsi que le porte un arrêt du 25 juin 1579, le « droit d'aubaine n'a lieu es biens meubles de tout marchand étran- « ger qui est venu en France pour y trafiquer et y est décédé. » Ils ne s'appliquaient donc ni aux héritages ni aux rentes immobilières. Ils ne conféraient pas non plus, tout au moins les premiers qui furent octroyés, le libre pouvoir de succéder et de transmettre. Ducange nous apprend, en effet, « que toutes manières d'aubains, d'outre- « montains, qui sont marchands des foires, se ils muerent dedans « le cours de la foire, sans hoirs de leurs, l'avoir est acquis au roi (*Regestum de nundinis Campaniæ*, Ducange V° *Albani*, d'après Demangeat, n° 44). Enfin l'octroi du privilège ne fut pas non plus au début purement gratuit. Les marchands qui fréquentaient les foires, furent assujettis jusque vers le milieu du XIV^e^ siècle à des aides et à des taxes fort nombreuses, notamment à l'host et à la chevauchée. Ces taxes disparurent vers l'année 1315, mais elles furent remplacées par un impôt sur le prix des marchandises vendues. L'ordonnance de juillet 1315, qui régla le mode de perception de cet impôt, disposa que tout acheteur ou vendeur aurait à payer deux deniers par livre, quand la vente serait faite aux foires de Champagne et de Brie, ou en la ville de Nîmes, et quatre deniers par livre, quand elle aurait lieu à tout autre endroit.

La première exemption en faveur du commerce fut celle qui fut accordée aux marchands qui fréquentaient les foires de Champagne. Ce privilège, qui fut accordé vers le XIII^e^ siècle par les rois de France, existait non seulement pour la durée de la foire, mais aussi pour l'aller et le retour.

En 1349, les marchands italiens obtinrent de Philippe VI le droit de libre circulation sur le territoire. « Toutes les compa-« gnies et marchands, dit le Roi, dans son ordonnance, art. 3, et « aussi les marchands singuliers italiens, outramontains, floren-« tins, milanais, lucquois, gênevois, vénitiens et autres mar-« chands, si marchander veulent et jouir des privilèges et bons « usages des foires, auront demourance pour eux et leurs facteurs « esdites foires, sans avoir mansion principale autre part en « notre royaume, et seurement viendront, demoureront et retour-« neront eux et leurs marchandises, et les conduiseurs d'icelles, « sans qu'ils soient prins et arrêtés par les gardes sinon en mef-« faict présent. » (Pradier Fodéré, en note sur Pasquade Fiore, *op. cit.*, p. 21).

En 1364, des marchands castillans reçurent le même privilège de Charles V. Des lettres patentes de Louis XI (février 1461) exemptèrent « du droit d'aubaine et du droit de naufrage les « marchans des nations de Brabant, Flandres-Hollande et « Zélande... qui ont accoutumé de venir tant par mer que autre-« ment en le royaume et fréquenter pour le fait de leur marchan-« dises en plusieurs parties d'icelluy et tant en les villes de la « Rochelle et de Bordeaux que ailleurs. » On peut citer comme rendues dans le même sens deux ordonnances royales, l'une de 1464 au profit des marchands de la Hanse, teutonique, l'autre de 1554 en faveur des marchands écossais qui venaient trafiquer, en France, de tous subsides et impôts.

La ville de Lyon reçut en 1443 trois foires franches avec des privilèges plus étendus que ceux qui étaient accordés pour la Champagne. Les marchands qui se rendaient à ces foires pouvaient tester ; leurs testaments étaient exécutés comme s'ils étaient régnicoles. S'ils mouraient *ab intestat*, leur succession mobilière était dévolue selon leurs coutumes nationales. En 1462, Louis XI accorda à la même ville une quatrième foire franche, en permettant aux étrangers, comme pour les premières, de tester comme bon leur semblerait.

Au XVI[e] siècle, la jurisprudence considérait, ainsi quel'atteste

l'arrêt du 25 juin 1579 que nous avons cité plus haut, le privilège comme s'appliquant à tous les individus qui venaient faire du commerce en France.

C'est aussi à la faveur du commerce qu'il faut attribuer les exemptions dont jouirent de bonheur les consuls. Les marchands étrangers avaient pris l'habitude d'établir dans les villes de France, où ils faisaient leur principal commerce, des agents consulaires chargés de les représenter et de trafiquer en leurs noms. Ces agents, par la suite, se firent nommer directement par des souverains étrangers pour protéger d'une manière générale tous leurs sujets ; ils se firent aussi reconnaître des rois de France, qui, par là même, admirent implicitement que les ressortissants des Etats, qu'ils représentaient, se trouvaient exemptés du droit d'aubaine et de naufrage.

Des privilèges analogues à ceux dont nous venons de parler existaient en faveur de certaines industries et de certaines professions. C'est ainsi que des exemptions furent accordées :

1° Aux écoliers étrangers qui venaient étudier à l'Université de Paris (ordonnance de Louis X, en 1315, Dalloz, v° *Droits civils* n° 35 ; Demangeat, n° 46) ;

2° A tous ceux qui servaient dans l'armée française (ordonnance du 13 février 1654). Il faut dire toutefois que cette ordonnance, n'ayant point été enregistrée dans les Parlements, ne put être appliquée. Elle fut renouvelée partiellement en 1715 par Louis XV en faveur des gens de guerre catholiques, qui consentaient à s'engager, par déclaration au greffe du Présidial de leur résidence, à toujours habiter la France ;

3° Aux étrangers qui avaient servi pendant cinq ans sur les vaisseaux du roi (édit d'avril 1687) ;

4° Aux ouvriers qui travaillaient aux manufactures de Flandres (édit de 1607, confirmé par deux autres édits des 18 avril 1625 et 31 décembre 1643). L'édit de 1607 anoblissait même les directeurs de ces manufactures, ainsi que leur postérité, et il déclarait les ouvriers régnicoles de plein droit et sans lettres de naturalité ;

5° Aux étrangers qui avaient travaillé pendant huit ans à la manufacture des glaces et cristaux établie par l'édit d'octobre 1663, et à ceux qui avaient été employés pendant dix ans à la manufacture de Beauvais. Comme les ouvriers des manufactures de Flandres, ces deux dernières catégories d'étrangers devenaient régnicoles au bout du délai que nous venons d'indiquer.

Des considérations religieuses et financières furent également la source de quelques exceptions. C'est ainsi que les Bénédictins purent de bonheur acquérir et transmettre par succession les bénéfices dont ils étaient titulaires. (Privilège renouvelé par déclaration du 22 août 1736). C'est ainsi encore que Henri III affranchit du droit d'aubaine les acquéreurs de rente sur l'Etat (1586) ; qu'une déclaration du roi du 19 juin 1720 et du mois d'août suivant accorda la faculté de transmettre *ab intestat* à des successibles, même étrangers, les rentes sur l'Hôtel de Ville de Paris, sur les recettes des finances, etc. Enfin des lettres patentes du 9 août 1723 autorisèrent le clergé à emprunter de l'argent aux étrangers, et ceux-ci à en disposer même par testament ; et cette disposition fut étendue aux rentes 4 0/0 sur la ville de Paris, et aux rentes sur les Etats de Bretagne (Demangeat, n° 47).

La dernière exemption au droit d'aubaine qu'il convient de signaler est celle qui résulta des traités diplomatiques. Les exemptions de cette catégorie étaient, comme toutes celles que nous venons d'indiquer, plus ou moins étendues, et pour préciser leur champ d'application, il serait nécessaire d'étudier en détail chaque traité. Les anciens auteurs avaient établi en ce qui les concernait cette double règle d'interprétation : 1° Le privilège est de droit étroit, d'où il suit qu'il faut interpréter restrictivement chaque traité et s'en tenir à son texte exprès ; 2° Les traités de cette catégorie sont, en thèse générale, basés sur la réciprocité. Nos anciens auteurs admettaient aussi que leur effet cessait par suite d'une déclaration de guerre avec l'Etat contractant, et que le privilège ne renaissait après la guerre que si un nouveau traité intervenait. Encore ce nouveau traité était-il complètement dénué d'effet rétroactif.

La plupart des traités, qui furent ainsi faits pour exempter les étrangers du droit d'aubaine, n'accordent le privilège que sous réserve d'un droit appelé droit de détraction, qui était quelquefois du quart, quelquefois ainsi du 5e, du 6e ou du 20e, mais le plus souvent du 10e des biens de la succession. Tels furent les traités conclus avec le Danemark (23 août 1742), avec la République de Raguse (29 octobre 1767), avec les duchés de Parme et de Plaisance (23 février 1769), avec le grand-duché de Toscane (19 janvier 1769), avec la principauté de Monaco (24 juillet 1770), avec la Hollande (23 juillet 1773), avec la République de Venise (28 février 1774), avec le Palatinat (novembre 1781), enfin avec la Russie (11 janvier 1787). Cependant, quelques traités peu nombreux ne stipulaient aucun droit de détraction : ainsi les traités conclus avec les cantons catholiques de la Suisse le 9 mai 1715, renouvelés les 18 mai 1771 et 30 mai 1779 ; avec la noblesse immédiate de l'empire en février 1769, avec les villes Hanséatiques de Lubeck, Brême et Hambourg le 28 novembre 1716, enfin avec Dantzig le 6 juillet 1726.

De ces traités, il faut rapprocher les conventions faites avec l'Angleterre. Par le traité d Utrecht du 11 avril 1713, la France et la Grande-Bretagne avaient réciproquement exempté leurs nationaux du droit d'aubaine en ce qui concerne les successions mobilières. Louis XVI par lettres patentes de propre mouvement données le 18 janvier 1787 en conséquence du traité de commerce, conclu avec l'Angleterre le 26 septembre 1786, étendit le privilège aux successions immobilières. Mais il faut remarquer qu'il n'y eut pas réciprocité, et que les Français ne purent succéder aux biens fonds anglais qu'à une époque très récente (1870).

De tout ce qui précède, il résulte que le droit d'aubaine n'avait plus qu'une application très restreinte à l'époque de la Révolution. Si restreint qu'il fût cependant, les jurisconsultes et les philosophes commençaient à penser que c'était encore, non seulement un droit barbare et insensé, mais aussi un droit préjudiciable aux intérêts du royaume. « Tout ce qui peut détourner les

« étrangers de venir dépenser leurs revenus dans le royaume, « disait Necker en 1787, et d'échanger ainsi leur argent contre « les productions de notre industrie, paraît une disposition aussi « déraisonnable que le serait une loi directement opposée à « l'importation de ces productions... Les Anglais sont encore « assujettis au droit d'aubaine pour leurs immeubles et j'ai connu « plusieurs personnes de cette nation qui découragées par ce « motif d'acquérir une simple maison de campagne et sensibles « néanmoins à cette privation ont renoncé au projet qu'elles avaient « de s'arrêter en France. » (Necker, de l'*Administration des Finances*, d'après Dalloz, n° 43). Et le grand financier en concluait que l'abolition du droit d'aubaine s'imposait d'une façon absolue.

Il était réservé à l'Assemblée Constituante, de faire disparaître le droit d'aubaine avec tout son cortège d'incapacités. L'Assemblée Constituante ne se montra pas seulement libérale ; elle fut ici, comme en beaucoup d'autres circonstances, généreuse jusqu'à l'excès, philanthropique jusqu'à l'exaltation.

Ce fut le décret du 6 août 1790 qui marqua le triomphe des idées de justice. En voici le texte : « L'Assemblée Nationale, « considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de « fraternité qui doivent lier tous les hommes, quels que soient « leur pays et leur gouvernement ; que ce droit, établi dans les « temps barbares, doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa « constiution sur les droits de l'homme et du citoyen, et que la « France doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre, en les « invitant à jouir sous un gouvernement libre des droits sacrés « et inviolables de l'humanité, a décrété : « Le droit d'aubaine et « celui de détraction sont abolis pour toujours. »

L'Assemblée nationale avait cru faire disparaître ainsi toutes les anciennes incapacités qui frappaient l'étranger. Si rationnelle qu'elle paraisse, cette interprétation n'est pourtant pas celle qui prévalut. On s'accorda à reconnaître que le décret du 6 août 1790 n'avait supprimé que le droit d'aubaine pris dans le sens restreint du mot, c'est-à-dire l'incapacité pour l'étranger de

laisser sa succession à d'autres qu'à ses enfants français. Dès lors, l'incapacité de succéder à des biens de France subsistait pour l'étranger, et une disposition législative nouvelle devenait nécessaire pour compléter le système libéral ainsi inauguré. Cette disposition fit l'objet de l'article 3 du décret du 8 avril 1791, d'après lequel « les étrangers, quoique établis hors du royaume, « sont capables de recueillir en France les successions de leurs « parents même français. »

Ce n'était pas encore assez pour l'Assemblée constituante d'édicter ces dispositions libérales. Elles les inscrivit dans les constitutions de 1791 (tit. 6) et dans celles de 1795, pour qu'elles fussent inviolables comme ces constitutions : « Les étrangers, dit « l'article 355 de cette dernière constitution, établis ou non en « France, succèdent à leurs parents étrangers ou français, ils « peuvent contracter, acquérir et recevoir des biens situés en « France et en disposer de même que tout citoyen français par « tous les moyens autorisés par les lois. » (D'après Demangeat, n° 53.)

Le consulat recommença l'éclipse des idées de justice qui avaient un moment prévalu. Le consulat n'était, en effet, autre chose qu'une restauration monarchique, que le règne d'un homme de guerre avide de conquêtes, et, sous de tels régimes, on se préoccupe beaucoup moins de rendre hommage à l'équité naturelle, que de fortifier le pouvoir du chef de l'Etat, qui est en même temps le chef de l'armée, et d'assurer la sécurité du territoire contre les nations voisines. De là le système plein de défiance pour l'étranger, du Code civil français, de là la disposition étroite et rétrograde des articles 11, 726 et 922 du Code civil.

Il n'entre pas dans le cadre de cet ouvrage d'interpréter l'article 11 du Code civil, qui accorde aux étrangers la réciprocité des droits dont les Français jouissent dans leur pays. Nous n'indiquerons donc pas les nombreuses controverses auxquelles il a donné lieu ; nous nous contenterons de dire, qu'à notre avis, le législateur n'a pas entendu refuser en principe aux étrangers le bénéfice du droit naturel ; et que, par conséquent, l'aubain peut

même, sans qu'il y ait la réciprocité indiquée par l'article 11, se marier (art. 12 et 19), acquérir ou transmettre à titre onéreux la propriété même territoriale, etc. (Arg. tiré de l'art. 3.)

Dans notre système, la réciprocité n'est donc exigée qu'en ce qui concerne ce qu'on appelait déjà dans l'ancienne jurisprudence les droits civils. Dès lors, dans notre opinion, les articles 712 et 926 qui règlent le droit de succession des étrangers ne sont que le développement logique du principe posé par l'article 11 du Code civil. Voici le texte de ces articles :

« Art. 726. — Un étranger n'est admis à succéder aux biens « que son parent étranger ou français possède sur le territoire « de l'empire, que dans le cas et de la manière dont un Français « succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet « étranger, conformément aux dispositions de l'article 11, au titre « *De la jouissance et de la privation des droits civils.* »

« Art. 912. — On ne pourra disposer au profit d'un étranger « que dans le cas où cet étranger pourra disposer au profit d'un « Français. »

Le Code civil laissait en vigueur les anciens traités. Malgré cette restriction, il n'en eut pas moins de fâcheux effets. Il détourna les étrangers de faire en France des acquisitions de biens, et il fut un obstacle considérable à la libre circulation des capitaux et aux progrès du commerce et de l'industrie. Aussi la France, ruinée en grande partie par les guerres de l'Empire, sentit-elle la nécessité d'en revenir aux principes libéraux du droit intermédiaire.

Ce fut la loi du 14 juillet 1819 qui vint de nouveau abolir les droits d'aubaine et de détraction que le Code civil avait à peu près remis en vigueur. « Les articles 726 et 912 du Code civil, « dit l'article 1[er] de la loi, sont abrogés ; en conséquence les « étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de rece- « voir de la même manière que les Français dans toute l'étendue « du royaume. »

Le législateur de 1819 reconnaît donc aux étrangers les mêmes droits de succéder, de recevoir et de transmettre qu'aux Fran-

çais; et il rétablit ainsi en principe le système proclamé par l'Assemblée constituante. Mais nous verrons aussi que, plus sage dans sa générosité que le législateur révolutionnaire, il a fait exception à ce principe pour le cas où une succession déférée à des Français et à des étrangers comprendrait à la fois des biens situés en France et à l'étranger, et où la loi étrangère n'appellerait pas le successible français dans la même proportion que le successible étranger.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA DÉVOLUTION HÉRÉDITAIRE DANS LE CODE CIVIL FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

De la loi générale à appliquer à la dévolution successorale

Étant admis que l'étranger possède la capacité de transmettre par succession, on se demande quelle est, dans le système du Code civil, la loi qui règle la dévolution héréditaire. Les lois des différents pays sont loin, en effet, de donner sur ce point la même solution ; les unes partent uniquement de ce principe que la transmission doit s'opérer d'après les affections présumées du défunt ; d'autres, pour régler cette même transmission, tiennent compte dans une large mesure de raisons de l'ordre politique et économique. Tantôt le législateur veut maintenir et constituer la grande propriété : de là, les droits d'aînesse et de masculinité. Tantôt comme dans les régimes démocratiques, il recherche la division du sol et de la richesse, la suppression de tout privilège de primogéniture ou de sexe : de là, afin d'assurer l'égalité dans le partage, la réserve, le rapport, la représentation, la fente,

c'est-à-dire la division en parts égales entre chaque ligne et entre chaque successible d'une même ligne.

Deux grandes théories sont en présence. L'une, qui est d'origine récente en France, peut être qualifiée de théorie personnelle ou de théorie de l'unité du patrimoine. La seconde peut être appelée théorie réaliste ; ceux qui l'admettent enseignent généralement qu'une loi différente régit les meubles et les immeubles ; mais en ce qui concerne la première catégorie de biens, de nouvelles dissendences se manifestent sur la loi à appliquer, de sorte que le système réaliste lui-même se subdivise.

Le système de l'unité de patrimoine ou de la loi personnelle s'est fait jour en Allemagne au XVIII[e] siècle. Il a été enseigné par des auteurs considérables à l'étranger (Mancini, *J. D. I. P.*, année 1874, p. 295 et 301 ; Pasquale Fiore, *Droit international privé*, n° 392 ; Savigny, *Traité de Droit romain* (trad. Guenoux, Paris 1860), VIII, §§ 375 et 376 ; Laurent, *Droit civil international*, t. II, n° 111 et suiv.). On peut citer en France comme l'ayant soutenu en doctrine, MM. Bertauld (*Questions pratiques du Code Napoléon*, I, n° 75), Louis Renault (*De la succession ab intestat des étrangers en France et des Français à l'étranger. J. D. I. P.*, année 1875, p. 336), Brocher, (*Traité du droit international privé*, chap. IX). Mais c'est M. Dubois, professeur à la Faculté de Nancy, qui le premier a prétendu qu'il était admis par le Code civil français (*J. D. I. P.*, 1875, p. 51). Sa thèse a été développée par l'un de ses élèves M. Antoine (*De la succession légitime et testamentaire en droit international privé*, p. 67 sq.) (1).

---

(1) La théorie de l'unité de patrimoine a déjà reçu d'une manière expresse la consécration officielle de plusieurs législateurs.

L'art. 8 des dispositions préliminaires du Code italien porte : Les successions légitimes et testamentaires, quant à l'ordre de successibilité, à l'extension des droits successifs et à la validité extrinsèque des dispositions testamentaires sont réglées par la loi nationale de la personne du défunt, quels que soient la qualité des biens et le pays de leur situation. (*J. D. I. P.*, année 1874, p. 30.)

D'après l'article 3, § 2 du Code de Zurich, les rapports de famille des

Ce système peut se formuler ainsi : La loi qui régit la personne du défunt régit également la succession entière, sans distinction entre les meubles et les immeubles.

Pour le soutenir, on invoque, à la fois, des arguments théoriques et pratiques.

Le droit de succession, dit-on, est la transmission du patrimoine du défunt à d'autres personnes. Cette transmission est le résultat de la volonté expresse ou tacite du *de cujus* ; de sa volonté expresse, quand il s'agit de succession testamentaire ; de sa volonté tacitement exprimée quand il s'est abstenu de tester, et que la loi, se substituant à lui, vient régler sa succession selon ses affections présumées. Le droit de succession n'est donc, en définitive, que l'extension de la puissance et de la volonté de l'homme au-delà des limites de la vie, et il se rattache ainsi immédiatement à la personne du défunt. Or, on ne peut pas supposer que la volonté du défunt soit différente selon les pays dans lesquels les biens sont situés. C'est, d'ailleurs, un principe admis même par ceux qui pensent que l'ancienne doctrine statutaire a passé dans le Code civil, que toute loi qui régit la personne, sa capacité, c'est-à-dire qui détermine l'efficacité de sa volonté, a une force extraterritoriale. On reconnaît d'une manière unanime que cette loi ne peut varier, et que le même statut personnel gouverne l'individu, quel que soit le lieu où il se trouve, et quelle que soit la situation de sa fortune. Pour les uns, c'est la loi nationale qui est applicable ; pour les autres, c'est la loi du domicile qui l'emporte ; mais en tous cas, il n'y a pas pluralité de statuts personnels.

Est-ce parce que cette volonté s'applique à une transmission de biens qu'elle perdrait ce caractère d'unité ? Mais ce qui se

---

étrangers qui habitent le canton et les successions de ceux qui y ont habité, sont réglés d'après la loi de leur pays si cette loi l'exige. Il y a une exception pour le droit de succession aux immeubles destinés à une fondation (De Saint-Joseph, IV, V° *Zurich*, p. 366).

On admet également la doctrine de la personnalité en Prusse en se fondant sur l'art. 32 du Code prussien conçu à peu près dans les mêmes termes que l'art. 3, § 2 de notre Code.

transmet ce n'est pas tel ou tel bien déterminé, mais le patrimoine, c'est-à-dire, un objet idéal d'un contenu indéterminé, qui, selon l'expression de M. Demolombe, ne se conçoit que par le lien juridique entre l'ensemble des biens et la personne et n'est que la personnalité du possesseur dans ses rapports avec les objets extérieurs. Ce patrimoine peut se composer de droits à des choses particulières, de biens mobiliers et immobiliers, de créances ou de dettes ; il reste indivisible comme la personne humaine dont il n'est que l'accessoire. Dès lors, puisque dire qu'il y a succession, c'est dire uniquement qu'il y a transmission de la personnalité du défunt à l'héritier, il s'ensuit que la loi de succession est également une et indivisible (Savigny, *loc. cit.*, VIII, p. 375).

Cette idée d'unité du patrimoine, avant et après la transmission par voie successorale, se retrouve dans toutes les législations qui ont pour base le Droit romain. A Rome, l'héritier sien et nécessaire continuait de la manière la plus complète la personne du défunt. Les textes expriment cette idée en termes énergiques : « *Hœres succedit in personam defuncti. — Hœres personam defuncti sustinet.* » Les législations qui se sont succédé dans les pays où le droit romain a été en vigueur reproduisent la même idée. C'est ainsi, pour nous en tenir au droit de la France, que nos anciens feudistes proclamaient le principe que « le mort saisit le vif » ; c'est ainsi encore que, sous l'empire du Code civil, l'idée de continuation de la personne du défunt par l'héritier est mieux marquée encore, puisque, par l'effet de la saisine, l'héritier se trouve investi de tous les droits du défunt sur son patrimoine.

On dit encore que la succcession *ab intestat* étant basée sur des considérations de famille et de parenté, c'est la loi nationale qui doit l'emporter nécessairement, car les rapports de famille dépendent du statut personnel. (Mancini, *Rapp. à l'Inst. de Droit international, J. D. I. P.*, I, p. 295 et 301 ; Antoine, *op. cit.*, n° 62, *in fine*, Pasquale Fiore, *op. cit.*, n° 394.).

On prétend qu'il n'y a aucun intérêt pour le législateur français à régler lui-même la dévolution des biens dépendant de la succession d'un étranger, alors même qu'il s'agirait d'immeubles qui

font partie de son territoire. D'une part, il n'est pas à craindre que le sol national devienne la propriété de l'étranger en telle proportion que sa sécurité en soit compromise. D'autre part, si le régime politique d'un pays a fait poser certaines limites au droit absolu de disposition pour cause de mort, ces règles n'ont d'intérêt que pour les nationaux eux-mêmes ; imposer les mêmes règles aux citoyens d'autres États, serait à la fois une mesure inutile et arbitraire. (Antoine, *op, cit.*, n° 62, *in fine.*)

L'on argumente encore soit du silence des textes de la loi positive sur ce point, soit des inconvénients pratiques du système des réalistes.

Le Code civil, dit-on, n'a nullement résolu la question de savoir par quelle loi devait être régie la succession mobilière. L'article 3 du Code civil reproduit, il est vrai, l'ancienne théorie des statuts ; mais sa rédaction est obscure. Si le § 2 s'applique, sans aucun doute, aux dévolutions de biens à titre particulier, on ne saurait affirmer, avec certitude, qu'il s'étende aux mutations pour cause de décès qui sont à titre universel. Le doute existe donc, et l'interprète qui n'est lié par aucun texte, a toute latitude pour résoudre la question ; en cette occurrence, il doit, par conséquent, recourir aux principes qui, nous l'avons vu, commandent que l'on fasse régir la dévolution des successions par la loi personnelle du *de cujus* (Antoine, n° 65).

A la rigueur même, on peut trouver un fondement au système de l'unité de patrimoine dans les travaux préparatoires du Code civil. « Le législateur, disait Treilhard dans son exposé des mo-« tifs (Locré, V. p. 90), appelé à tracer un ordre de succession, « doit se pénétrer de toutes les affections naturelles et légitimes ; « il dispose pour tous ceux qui meurent sans avoir disposé. La « loi présume qu'ils n'ont eu d'autres volonté que la sienne, elle « doit donc se prononcer comme eût fait le défunt lui-même ». Pour le législateur français, la loi de la succession *ab intestat* n'étant, en définitive, que la résultante des mœurs, des coutumes et des idées du défunt, ne serait-il pas contradictoire qu'il eût voulu régler lui-même la succession d'un étranger, qui peut ap-

partenir à une nation, où les mœurs, les idées et les rapports de famille sont complétement différents ?

On ajoute, en dernier lieu, comme argument décisif, que les divers systèmes réalistes ont tous des inconvénients pratiques tels qu'ils devraient suffire à les faire repousser. Dans l'opinon des réalistes purs, qui soumettent à la loi réelle à la fois les meubles et les immeubles, il y a autant d'hérédités qu'il y a de pays dans lesquels le défunt possède des biens, et on ne sait trop par quelle loi seront régies les valeurs sans assiette déterminée. Ceux qui admettent pour les meubles et les immeubles, une loi différente évitent en partie cet inconvénient puisqu'ils font connaître la loi qui règle la succession des créances ; mais ils ne déterminent pas, non plus, dans quelles proportions les héritiers seront tenus des dettes du défunt (Antoine, *op. cit.*, nos 58 et 59).

Je reconnais volontiers que ces arguments auraient une valeur en législation, et peut-être la théorie de l'unité de patrimoine est-elle destinée à prévaloir lors de la révision de nos Codes. Cette doctrine est conforme au caractère et à la nature du droit de succession ; car si la souveraineté qui appartient à chaque Etat, lui permet de dicter comme il l'entend les lois qu'il veut faire observer sur son propre territoire, il ne doit pas exercer ce droit d'une manière jalouse et exclusive, et s'il peut interdire d'une manière rigoureuse toute atteinte à la morale et aux principes qui forment l'ensemble de son droit public, il doit se garder du despotisme qui consiste à assujettir aux règles qu'il croit bonnes pour ses ressortissants, les étrangers, qui ayant d'autres mœurs et d'autres coutumes, règlent leur droit privé d'après des considérations essentiellement différentes. Le droit de succession étant une émanation de la personne et de la famille, il eût donc été rationnel que le législateur eût laissé, comme il l'a fait en matière de statut personnel, le soin de décider à la loi de chaque individu.

Mais nous ne saurions admettre néanmoins que le système de l'unité de patrimoine soit celui de notre législation positive.

La plupart des auteurs qui admettent le système de l'unité de

patrimoine sont bien obligés de reconnaître que la théorie des statuts a passé dans le Code civil, ils prétendent seulement que la division en statuts personnels et en statuts réels ne s'applique pas aux lois de succession ; mais ils sont forcés pour cela de faire complétement abstraction de la tradition et des travaux préparatoires.

La doctrine traditionnelle c'est en effet que le statut des successions est réel. La théorie réaliste a son origine dans la féodalité. La terre donnant à cette époque la puissance souveraine, le statut territorial devait décider à qui la terre serait transmise au décès de chaque possesseur.

On trouve cette doctrine admise dès le XVI[e] siècle, non seulement en France, dans les pays de coutume, mais encore dans les pays du Midi et en Italie, où les idées romaines sur l'unité de la succession avaient pourtant la prédominance.

Si l'on veut chercher pourquoi elle fut néanmoins acceptée dans ces derniers pays, on trouve que son triomphe fut le résultat des idées de l'époque en matière de succession. En effet, pendant qu'au Nord, les droits d'aînesse, de primogéniture et les privilèges de masculinité avaient passé dans les coutumes, les pays du Midi hostiles à ces idées s'en étaient tenus aux principes d'égalité inscrits dans les lois romaines. En décidant que le statut des successions était réel, les légistes italiens avaient trouvé un moyen de faire échec aux idées féodales, tandis qu'ils auraient été forcés d'accepter des privilèges en désaccord avec leurs mœurs, s'ils avaient déclaré le statut personnel (1).

On ne faisait exception dans l'ancien droit que pour les meubles, dont la dévolution était soumise à la loi du domicile du *de*

---

(1) En France, un seul commentateur, Cujas, admet la personnalité de la loi des successions en s'appuyant sur la doctrine romaine. Mais, à part cette exception, tous les auteurs enseignent que le statut des successions est réel. Aussi d'Argentré (*Cout. de Bretagne*, art. 218, n° 9) disait-il que de son temps les enfants même ne doutaient plus et Froland (*Mémoire* II, p. 370, d'après Basilesco, *Thèse pour le Doctorat*), que les savis n'avaient ja-

cujus. Mais, s'il en était ainsi, c'est qu'il était presque impossible de déterminer la situation des valeurs incorporelles, et que la possession des meubles était considérée comme chose vile. Et encore, en appliquant la loi du domicile, nos anciens auteurs ne croyaient pas faire échec au statut réel puisque c'était un adage communément admis que les meubles sont censés se trouver toujours là où la personne a son siège légal.

N'est-il pas, dès lors, plus naturel d'admettre qu'en gardant le silence sur ce point, les rédacteurs de nos Codes ont entendu s'en référer à la doctrine ancienne ? « Quoi, dit M. Laurent (*Droit « civil international,* t. VIII, n° 130), les auteurs du Code « ignoraient de même que nos vieux auteurs que l'on eût jamais « soutenu la personnalité du statut des successions, et l'on pré- « tend qu'ils ont consacré cette doctrine qui venait de s'intro- « duire en Allemagne, et qui a seulement été admise dans la « seconde moitié du XIX^e^ siècle par le Code de l'Italie. L'ana- « chronisme est palpable, et il prouve l'impossibilité absolue que « le législateur français ait voulu admettre le principe de la per- « sonnalité. »

On ne saurait par conséquent argumenter, ainsi que l'a fait M. Dubois (1), de l'article 32 du Code prussien qui dispose, comme l'article 3 § 2 du Code civil français, que les immeubles sont régis par la loi de leur situation. Car si les interprètes de ce Code étranger ne considèrent comme appartenant au statut réel que les

---

mais été partagés. En Italie, un seul jurisconsulte, Alberic de Rosate, tient pour la doctrine de la personnalité. La raison qu'il donne de son système c'est qu'en définitive, l'hérédité ne consiste pas en biens, car il se peut qu'il n'y ait pas de biens, et cependant il y aura un héritier continuateur de la personne qui succédera, abstraction faite des biens du défunt (*super codice de summâ Trinitate*, n° 25, d'après Laurent, *op. cit.*, I, n° 241.)

(1) M. Dubois argumente même des dispositions de l'article 7 § 2 du Code civil italien, qui est ainsi conçu dans les mêmes termes que l'article 3 § 2 du Code civil ; mais ce raisonnement a encore moins sa raison d'être, car l'article 8 du Code italien tranche d'une manière expresse la question (*loc. cit.*)

dévolutions d'immeubles à titre particulier, c'est que ce document législatif est l'œuvre de rédacteurs imbus de la doctrine de la personnalité, tandis que le Code civil a été fait dans des conditions toutes différentes par des hommes qui n'avaient pas la notion, même la plus vague, de cette théorie.

Si l'on se reporte, en effet, soit aux travaux préparatoires, soit aux textes eux-mêmes, on s'aperçoit, sans qu'il y ait aucun doute possible, que le législateur français a admis la vieille doctrine féodale de la souveraineté s'étendant, à la fois, aux personnes et aux choses, et qu'il l'a admise avec toutes ses conséquences. « Le « pouvoir souverain, dit Portalis (*Second exposé des motifs du « titre préliminaire*, Locré, I, p. 579, n° 10), ne pourrait rem- « plir la fin pour laquelle il est établi, si des hommes étrangers « ou nationaux étaient indépendants de ce pouvoir. Il ne peut « être limité ni quant aux choses, ni quant aux personnes. Il « n'est rien, s'il n'est tout. » Un peu plus loin (*loc. cit.*, n° 14), le même jurisconsulte est plus explicite encore : « Les lois qui « règlent les dispositions des biens, dit-il, sont appelées réelles. « Ces lois régissent les immeubles, lors même qu'ils sont possé- « dés par des étrangers. Ce principe dérive de ce que les publi- « cistes appellent le domaine éminent du souverain. Point de « méprise sur les mots domaine éminent. Ce serait une erreur « d'en conclure que chaque Etat a un droit universel de pro- « priété sur tous les biens du territoire. Les mots domaine émi- « nent n'expriment que le droit, qu'a la puissance publique, de « régler la disposition des biens par des lois civiles, de lever sur « ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics et de « disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité pu- « blique en indemnisant les particuliers qui les possèdent. Au « citoyen appartient la propriété et au souverain l'empire. Telle « est la maxime de tous les pays et de tous les temps. Mais les « propriétés particulières des citoyens, réunies et contiguës, for- « ment le territoire public d'un Etat, et relativement aux nations « étrangères ce territoire forme un seul tout qui est sous l'empire « du souverain ou de l'Etat. La souveraineté est un droit à la

« fois réel et personnel. Conséquemment, aucune partie du terri-
« toire ne peut être soustraite à sa surveillance ni à son autorité.
« La souveraineté est indivisible ; elle cesserait de l'être si les
« portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois
« qui n'émaneraient pas du même souverain. Il est donc de l'es-
« sence même des choses, que les immeubles dont l'ensemble
« forme le territoire public d'un peuple, soient exclusivement
« régis par les lois de ce peuple, quoiqu'une partie de ces immeu-
« bles puisse être possédée par des étrangers. »

Ainsi donc, pour les rédacteurs du Code, comme pour nos anciens légistes, la loi française étend son empire à tous les immeubles qui font partie du sol national. C'est en vain que l'on prétendrait qu'ils n'ont eu en vue que les immeubles envisagés au point de vue du droit public de l'Etat, car ils ne distinguent pas si c'est un intérêt public ou un intérêt privé qui est en jeu ; dans tous les cas, la loi territoriale est maîtresse absolue. Ainsi le veut la souveraineté de l'Etat, qui, dit Portalis, est absolue et indivisible.

L'article 3 § 2 du Code civil est l'exacte expression de la pensée de Portalis, il est conçu dans les mêmes termes absolus que le discours de l'orateur du Tribunat. Placé dans un ensemble de textes qui s'occupent du droit privé, il embrasse tous les rapports des particuliers entre eux ; et si l'on devait faire quelque restriction à son étendue, cette restriction ne pourrait avoir trait qu'aux rapports des particuliers envers l'Etat, rapports que le législateur civil n'a pas eu à régler.

On a invoqué aussi (1) très justement en faveur du système que nous soutenons deux traités intervenus entre la France et l'Autriche (2), et entre la Russie et la France. L'article 2 § 1 du traité conclu avec l'Autriche dispose que « la succession aux biens im-

---

(1) Renault, *J. D. I. P.*, 1875, p. 339.

(2) Traité du 11 décembre 1866 (D. P., 67, 4, 15), renouvelé le 18 février 1884.

« mobiliers sera régie par les lois du pays dans lequel les immeu-« bles sont situés, et que la connaissance de toute demande ou « contestation concernant les successions immobilières appartient « aux tribunaux de ce pays », et l'article 10 § 1 du traité du 1er avril 1874 avec la Russie, reproduit la même disposition. Les traités étant faits pour déroger au droit commun dans un sens favorable aux parties contractantes, et non à leur détriment, il est certain que le législateur français n'aurait pas conclu de pareils traités si le Code civil admettait le système de l'unité de patrimoine.

Nous pouvons également citer dans le même sens un traité franco-serbe du 18 janvier 1883, dont l'article 8 est conçu dans les mêmes termes que le traité franco-autrichien. Il faut même conclure ceci de cette nouvelle convention internationale : c'est que la doctrine enseignée par MM. Dubois et Antoine est loin encore d'être acceptée non-seulement en législation, mais même en doctrine.

Si les partisans de la doctrine du statut réel sont d'accord en ce qui concerne les immeubles, ils sont très divisés quant à la loi à appliquer à la dévolution de la succession mobilière.

Les uns, prenant à la lettre l'ancienne doctrine, laissent à la loi du domicile le soin de la régir ; d'autres, tenant compte de cette idée que dans notre Code la loi qui régit la personne n'est plus la loi du domicile, mais la loi nationale, s'attachent à cette dernière loi pour régler la dévolution des meubles ; enfin, il en est qui, étendant jusqu'à ses dernières limites la théorie du statut réel, veulent que la loi de la situation règle la dévolution des meubles aussi bien que celle des immeubles.

Cette dernière théorie ne compte plus guère de partisans aujourd'hui ; elle a pourtant été exposée par des auteurs recommandables (Demangeat, *Condition civile des étrangers en France*, n° 82, — Demolombe, I p. 101) ; Marcadé n'a jamais cessé de l'enseigner (sur l'art. 3, I, n° 78, et *Revue critique de législation*, I, pp. 79 et 80). Elle a même en sa faveur un ancien arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 1839 ; un arrêt de la Cour de

Rouen du 7 avril 1835 (Dev. 1835, II, 374), et un arrêt de la Cour de la Martinique du 18 mai 1878 (S. 78, 2. 238), paraissent également incliner vers la même solution.

On dit, pour soutenir cette opinion, qu'en matière de succession, la loi a pour objet dominant la transmission des biens, et que toute loi, qui règle la transmission des biens, soit mobiliers soit immobiliers, est une loi réelle.

On fait remarquer que l'adage « *mobilia sequuntur personam* » n'était observé dans l'ancien droit qu'entre les diverses provinces françaises et non à l'égard des Etats étrangers ; d'où il résulterait qu'on ne saurait invoquer sur ce point la doctrine suivie dans l'ancien droit en ce qui concerne les meubles.

On prétend enfin fonder ce système sur les textes eux-mêmes. D'après l'ancien article 726 du Code civil, lorsqu'un étranger succédait en France, il recueillait la succession de la même manière que s'il eût été Français (Chabot de l'Allier, 727) ; et il devait en être évidemment de même quand des héritiers français recueillaient les biens qui dépendaient en France de la succession d'un étranger.

Enfin, l'on veut que la même idée apparaisse dans la loi de 1819. Aux termes de cette loi, l'étranger doit recueillir les biens de la même manière que les Français, et l'héritier français doit prélever sur les biens situés en France une part égale à la valeur des biens étrangers dont il serait exclu. Comme ces dispositions sont générales et absolues, comme elles s'appliquent aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, on est, prétend-t-on, en droit d'en conclure que la loi de succession, est toujours une loi réelle, quelle que soit la nature du bien auquel elle s'applique (1).

Ces arguments sont spécieux ; mais nous ne pensons pas qu'ils suffisent à donner une base solide à la théorie suivie par Marcadé.

Si, en effet, nous faisons régir par la loi réelle la succession im-

(1) Merlin, *Rép.* XV, v° Jugement, § 7 bis.

mobilière, c'est parce que dans l'esprit des rédacteurs du Code, le territoire français forme en quelque sorte la base matérielle de l'Etat, dont l'existence se trouve ainsi intimement liée au sort des immeubles qui composent le territoire. Mais quand il s'agit des meubles, cette raison théorique disparaît. Les meubles sont l'accessoire de la personne, et leur peu de fixité ne permet pas de leur attribuer la nationalité d'un pays plutôt que celle d'un autre. Il n'y a donc plus le même intérêt de les assujettir à la loi de la situation.

Que cette distinction ait été dans l'esprit des rédacteurs du Code, cela résulte avec évidence du silence gardé à l'égard des meubles par Portalis (1), quand il indique pourquoi les immeubles sont toujours soumis au statut réel.

Ce qu'on doit évidemment conclure de ce silence, c'est que le législateur a voulu suivre, en ce qui concerne les meubles, les errements de l'ancienne jurisprudence. Or voici comment Pothier s'exprime à cet égard : « Il y a des choses, dit le grand juriscon-« sulte, qui ont une situation dans un certain lieu, et ces choses « sont régies par la coutume des lieux de leur situation. Il y en « a d'autres qui n'ont aucune situation, et ces choses suivent les « personnes à qui elles appartiennent, et sont par conséquent « régies par la loi du domicile de cette personne. La situation des « immeubles corporels, tels que les fonds de terre et les maisons « ne peut avoir aucune ambiguïté. Les meubles étant, par leur « nature, transportables d'un lieu à un autre, n'ont de situation « en aucun lieu, quand même ils y auraient toujours été, par « conséquent ne sont régis que par la loi du domicile de la per-« sonne à qui ils appartiennent. » *(Des choses*, § 3.)

Reste les deux arguments tirés des articles 726 du Code civil et de la loi de 1819. Leur réfutation est facile.

L'article 726 dispose que l'étranger, lorsqu'il succède en France,

---

(1) *Second exposé des motifs du titre préliminaire*, n° 14 cité dessus page 51.

recueille les biens de la même manière que s'il était Français. La loi dit : « Lorsqu'il succède en France », c'est-à-dire quand il est appelé à succéder à des biens français. La question est donc précisément de savoir quand il succède en France, question qui est supposée résolue par l'article 726, sans que ce texte indique quelle est la solution qui doit être admise.

D'après la loi de 1819, les biens français même mobiliers doivent servir à indemniser nos nationaux des exclusions par eux subies sur les biens étrangers. Mais faut-il, pour expliquer ce résultat, dire que le principe « *mobilia sequuntur personam* » est une règle qui reste sans application à la succession de l'étranger ? Nullement. Nous avons démontré, en effet, qu'une pareille interprétation serait contraire à l'art. 3 du Code civil, qui, en ne parlant que des immeubles, exclut, par là même, les meubles de la règle qu'il établit. Il est facile, d'ailleurs, de concilier le principe « *mobilia sequuntur personam* » avec la loi de 1819. Comme le dit M. Demante, « la soumission à la loi française admet « des distinctions ; elle existe dans l'intérêt seulement des Fran- « çais pour les protéger contre les exclusions que la loi étrangère « leur fait subir, et sous ce rapport, la succession que possédait « en France le défunt étranger serait régie par la loi française. « Mais, à la différence des immeubles, pour lesquels la succession, « même exclusivement dévolue à des étrangers, serait régie par « notre statut réel, la succession aux meubles serait, au contraire, « dans ce cas, régie par le statut réel du défunt. On le voit, dans « ce système, le principe « *mobilia sequuntur personam* » « reste toujours, comme le suppose l'article 3 du Code civil, la « règle générale ; mais, par application de l'article 2 de notre loi « spéciale, la règle reçoit exception en faveur des cohéritiers « français. » (III, 33 *bis*, III.)

Il nous reste donc à opter entre les deux opinions qui soumettent la dévolution de la succession mobilière à la loi nationale et à la loi du domicile du défunt.

La théorie de la loi personnelle a fait dans ces derniers temps de grands progrès. Elle a été enseignée par MM. Laurent et

Renault : « Nous pensons, dit M. Renault (*loc. cit.*), que c'est la « nationalité qui doit déterminer ici la loi applicable ; il semble, « en effet, résulter de l'art. 3, al. 3, du Code civil, que la loi fran- « çaise régit l'état et la capacité des Français, quel que soit le « caractère de leur établissement en pays étranger ; il n'y a pas « de raison sérieuse de distinguer entre la loi sur l'état de la per- « sonne et la loi sur la dévolution de la succession. »

Nous admettons complètement cette doctrine.

L'idée qui dominait dans nos anciennes coutumes, c'est que les meubles suivaient la condition de la personne à laquelle ils étaient censés adhérents, et si nos anciens auteurs faisaient régir la succession mobilière par la loi du domicile, c'est que c'était également cette loi qu'on appliquait dans les questions d'état ou de personne.

Cela est si vrai que des auteurs considérables comme d'Argentré affirment que le statut des meubles est personnel. « *Situm « habere negantur nec loco contineri dicuntur propter habi- « litatem motionis et translationis ; quare statutum de bonis « mobilibus personale est,* » dit le jurisconsulte breton, et que Boullenois lui-même, qui trouve quelque inexactitude dans ces expressions, ne peut s'empêcher de reconnaître que la dispute n'est pas d'une grande utilité, parce que dans les deux explications il est vrai de dire « *mobilia sequuntur personam* » (1).

D'ailleurs, quand ils parlaient de domicile en matière de questions d'état, nos anciens auteurs l'entendaient souvent dans le sens de domicile d'origine, qui était l'équivalent de la loi nationale. « Si, dit Froland, la coutume du domicile fixait la majorité de la « personne, la liberté que nous avons de résider là où il nous plaît, « nous jetterait dans de fort grands embarras ; le majeur en Nor- « mandie deviendrait tout à coup mineur dans son pays natal ; si, « depuis, il venait s'établir dans la coutume de Bruxelles, où il « faut vingt-huit ans pour être majeur, le majeur même de vingt

(1) Cité d'après M. Renauld, *J. D. I. P.*, année 1875, p. 330 en note.

« ans serait aussitôt mineur, ce qui jetterait dans des embarras « considérables qu'on peut aisément éviter en abandonnant à la « loi de l'origine, la décision de notre question » (1).

Sous l'empire du Code civil, les provinces ont disparu, et il n'est plus question de conflits entre les coutumes d'un même pays. Les rédacteurs du Code ont fait régir la personne non plus par la loi du domicile, mais par la loi nationale. Dès lors, s'il est vrai que les meubles n'ont pas d'assiette par eux-mêmes ; s'il est vrai qu'ils se confondent au point de vue juridique avec la personne à laquelle ils sont censés inhérents, il faut dire que la seule loi qui peut les régir, c'est la loi qui régit cette personne même (2).

Nous faisons régir la succession mobilière par la loi personnelle du défunt, et cela, quand même il s'agirait de la succession d'un étranger autorisé à établir son domicile en France, conformément à l'article 13 du Code civil. Ce texte accorde bien la jouissance des droits civils à toute une catégorie d'étrangers. Mais, comme le fait remarquer très exactement M. Antoine (n° 70) : « La loi ne « s'occupe nullement de la question de savoir quelle loi leur sera « applicable de la loi française ou de la loi étrangère, et par là « même elle les laisse régis par les mêmes principes que le reste « des étrangers. » Il est, en effet, évident que, par cela que l'étranger autorisé garde sa nationalité, les meubles continueront à suivre sa loi personnelle. Il ne saurait dépendre de la volonté de leur propriétaire de leur imposer une loi différente sans changer lui-même sa condition, les meubles n'ayant d'assiette que par leur lien avec lui et ce lien restant indissoluble (3).

Après avoir exposé les diverses doctrines qui se sont produites, il nous reste à examiner quelle est l'interprétation donnée par les tribunaux à la question.

---

(2) Froland, *Mémoire sur les Statuts*, T. 2, p. 1581 et 1582, cité d'après Basislesco, *Thèse pour le Doctorat*.

(3) M. Dubois, qui admet que le statut personnel est régi par la loi nationale, fait régir la succession par la *lex domicilii* (*Essai sur le conflit des lois françaises et étrangères*, n° 45).

(1) *Sic* Laurent, *Droit civil intern.*, II, 187.

Un seul jugement a été rendu dans le sens de la théorie de l'unité de patrimoine (Jugement Havre, 28 août 1872, *J. D. I. P.*, année 1874, p. 182). L'opinion qui fait dépendre la dévolution des immeubles de la *lex rei sitæ* et les meubles de la loi du domicile du défunt peut être considérée comme admise d'une manière unanime en jurisprudence (Colmar, 12 août 1817, S. 1817, 2, 316 ; Riom, 7 avril 1835, S. 35, 2, 374 ; C. Paris, 18 février 1836, S. 36, 2, 173 ; Cass., 14 mars 1837, S. 37, 1, 195 ; — 8 décembre 1840, S. 41, 1, 56 ; 12 décembre 1843, S. 44, 1, 74 ; — 28 avril 1836, S. 36, 1, 751 ; 16 février 1842, S. 42, 1, 714 ; Grenoble, 25 août 1848, S. 49, 2, 257 ; Paris, 13 mars 1850, S. 51, 2, 791 ; — Paris, 25 mai 1852, S. 52, 2, 289 ; — Paris, 6 janvier 1862, D. P. 62, 2, 73 ; — Cass. civ., 22 mars 1865, S. 65, 1, 175 ; — Cass., 12 janvier 1869, D. P. 69, 1, 294 ; 13 juillet 1869, D. P. 70, 1, 130 ; — Pau, 27 janvier 1872, *J. D. I. P.*, année 1875, p. 79 ; — Paris, 29 juillet 1872, D. P. 72, 2, 223 ; — Paris, 12 mai 1874, *J. D. I. P.*, année 1875, p. 193 ; — Bordeaux, 24 mai 1876, D. P. 78, 2, 79 ; — Cass., 24 juin 1878, D. P. 79, 1, 56 ; Toulouse, 22 mai 1880, D. P. 81, 2, 93 ; — Cass., 22 févr. 1882, D. P. 82, 1, 301 ; 2 avril 1884, *J. D. I. P.*, année 1885, p. 77 ; 20 juin 1887, *J. Droit* du 2 juillet 1887.)

Dans l'état actuel de la jurisprudence, c'est donc au domicile et non à la nationalité qu'il faut s'attacher pour déterminer quelle est la loi qui régit la succession mobilière.

De là une série de questions nouvelles à trancher : 1° Le Français peut-il acquérir un domicile en pays étranger, et dans le cas de l'affirmative, comment s'acquerra ce domicile ? — 2° Dans quels cas un étranger pourra-t-il être considéré comme ayant en France un véritable domicile ?

La solution de cette seconde question aura même son importance dans les systèmes qui s'attachent à la nationalité. On peut supposer qu'un étranger ait perdu sa nationalité sans avoir acquis la qualité de Français ; et, dans ce cas, il est de toute nécessité de faire dépendre la dévolution de la succession de la *lex domicilii*.

Et d'abord, un Français peut-il transporter à l'étranger son domicile légal ?

Pour soutenir la négative, l'on argumente de la manière suivante :

Le domicile dans le droit moderne n'est pas un fait, mais un rapport de droit entre le lieu et la personne. C'est un siège purement moral et juridique que la loi affecte à chaque personne pour l'exercice de ses droits actifs et passifs (Marcadé, I, n° 251). Ainsi compris, il se confond avec la nationalité, car, il constitue lui-même un droit qui découle uniquement de la loi française, qui, par sa nature, appartient au statut personnel, et doit suivre le Français en tous pays. Pour changer de domicile, le Français serait donc obligé de rompre le lien qui le rattache à la France, et de former avec le pays étranger un lien nouveau. Il y a là un concours de circonstances impossible à réaliser, puisque nous supposons que la nationalité française n'est pas abdiquée, et que le domicile est une création légale de la loi française que les législations étrangères peuvent fort bien se refuser à admettre.

La même conclusion ressort, dit-on, de la comparaison des articles 17, n° 3, et 102 du Code civil. Si le Français conserve à l'étranger sa nationalité, c'est qu'il n'a pas l'intention d'y fixer son principal établissement. Sa résidence en dehors du territoire ne peut avoir un caractère de fixité suffisant à faire présumer le choix d'un nouveau domicile, puisque le domicile suppose l'idée de se fixer en un lieu donné d'une manière définitive (art. 102). Mais un Français, qui aurait une telle intention, perdrait par là même l'esprit de retour et avec lui sa nationalité (Demol., I, n° 349 ; Fœlix, I, p. 57).

Ce système exagère évidemment l'idée que l'on doit se faire du domicile, qui est plutôt un effet du droit qu'un droit lui-même. C'est une création faite par le législateur pour permettre l'exercice de certains droits civils. La plupart des législateurs, autorisant les étrangers à jouir d'un certain nombre de droits privés qu'ils tiennent de leur législation particulière, ont dû leur permettre d'exercer ces droits en un certain lieu situé sur le terri-

toire soumis à leur empire, lieu qui constitue ainsi pour eux un véritable domicile indépendant de la nationalité. La loi française démontre elle-même qu'il en est ainsi, puisqu'elle admet l'étranger à demeurer en France sans perdre sa nationalité (art. 13).

L'article 102 du Code civil ne subordonne pas, comme on le prétend dans la doctrine contraire, l'acquisition d'un domicile à l'acquisition de la nationalité. Elle exige seulement, pour qu'il y ait transfert de domicile, le concours de deux circonstances : l'habitation réelle dans un autre lieu jointe à l'intention d'y fixer son principal établissement, et cela sans distinction entre le cas où la résidence est fixée en France, et le cas où elle est établie à l'étranger.

L'article 69, § 9 du Code de procédure civile, suppose bien qu'il est possible d'acquérir à l'étranger un véritable domicile. Si le Français établi hors du territoire, eût conservé son domicile en France, il est présumable que le législateur eût fait faire les significations à ce domicile (art. 68 C. proc. civ.) et non à celui du procureur de la République, près lequel est portée la demande.

Sans doute, en raison de cette circonstance que le Français aura conservé sa nationalité, on ne supposera pas facilement qu'il a fixé son domicile à l'étranger. Pourtant, s'il est bien certain que la résidence nouvelle, qu'il a choisie en dehors de son pays d'origine, est devenue le centre de ses affaires et de sa fortune ; s'il est établi qu'il a l'intention de s'y fixer d'une manière durable, tout en gardant cependant l'esprit de retour dans son ancienne patrie, on ne voit pas pourquoi il n'aurait pas acquis à l'étranger un domicile dans le sens légal du mot. Évidemment, il n'a pu venir à l'esprit du législateur, parce qu'une personne a pu naître en un lieu donné, de l'obliger à y rester attachée, alors même qu'elle a quitté ce lieu sans y laisser ni affections, ni intérêts.

La jurisprudence s'est rangée à notre système. Elle admet, comme nous, que c'est la loi étrangère qui doit régler la succession mobilière du Français domicilié à l'étranger (Req., 17 janvier 1837, D. P. 37. 1, 318 ; — C. Paris, 20 mars 1834, D. P. 34, 2,

132 ; — Toulouse, 7 décembre 1863, D. P. 64, 2, 41 ; — Cass., 21 juin 1865, D. P. 65, 1, 418 ; — Pau, 6 juin 1864, S. 65, 2, 105 ; — Pau, 17 janvier 1872, S. 72, 2, 233 ; — Cass., 5 mai 1875, S. 75, 1, 409, *J. D. I. P.*, 1875, p. 357 ; — 27 avril 1868, S. 68, 1, 257) (1).

Les opinions sont également divisées, lorsqu'il s'agit de savoir quand un étranger peut avoir en France un domicile légal.

On professe, dans un premier système, que l'étranger ne saurait avoir en France un véritable domicile que quand il a été autorisé à s'y établir selon l'article 13 du Code civil.

On dit, pour soutenir cette opinion, que l'article 102 s'occupe exclusivement du Français ; que par cela même que l'article 13 du Code civil a réglé l'acquisition du domicile en France par un étranger, en soumettant cette acquisition à l'autorisation du chef de l'État, il est présumable que dans l'intention du législateur, il ne peut exister pour l'étranger d'autre domicile en France que celui prévu par l'article 13.

L'on tire encore argument d'un avis du conseil d'État du 20 prairial an XI ainsi conçu : « Le conseil d'État consulté sur la « question de savoir si l'étranger qui veut devenir citoyen fran- « çais par la voie qu'indique l'article 3 de l'acte du 3 décembre « 1799 (22 frimaire an VIII) est assujetti à la disposition de « l'article 13 du Code civil, qui ne donne à l'étranger la jouis- « sance des droits civils en France que lorsqu'il aurait été admis « à y résider, — Est d'avis que dans tous les cas où un étranger « veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisation du « gouvernement..... »

Ce système a été soutenu par un assez grand nombre d'auteurs, et il paraît aujourd'hui dominant en jurisprudence (Dalloz, *J. G.*, v° *Domicile*, n° 22 ; — Troplong, *Contrainte par corps*, n° 496 ; — Demolombe, I, n° 268 ; — Devilleneuve et Massé, *Dict. de*

(1) Voir également dans notre sens : Dalloz, *J. G.*, v° *Domicile*, n° 20 ; — Demangeat sur Fœlix, *Droit intern. privé*, I, n° 28 ; — Aubry et Rau, I, § 31, texte et note 55.

Droit com., V, n° 1524 ; — Coin-Delisle, art. 13, n° 11 ; — Duranton, I, n° 353 ; — C. Paris, 16 août 1811, S., 11, 2, 555 ; — Cass., 2 juillet 1822, S., 22, 1, 105 ; — C. Paris, 25 août 1842, S., 42, 2, 371 ; — 5 décembre 1844, S., 44, 2, 617 ; — 15 décembre 1855, S., 56, 2, 159 ; — 14 juillet 1871, S., 71, 2, 141 ; — C. Paris, 29 juillet 1872, D. P., 72, 2, 223 ; — Cass., 5 mai 1875, D. P., 75, 1, 343 ; — Bordeaux, 24 mai 1876, S., 77, 2, 109 ; — Toulouse, 22 mai 1880, S., 80, 2, 294 ; — Cass., 22 fév. 1882, B. C., 70 ; *Inst.*, n° 2669, § 3.)

Nous ne saurions adhérer à cette doctrine.

Comme nous l'avons dit déjà, l'article 102 du Code civil n'exige qu'une seule condition pour que le domicile existe au sens légal du mot : c'est que la résidence ne soit pas passagère et provisoire, mais qu'elle présente, au contraire, un caractère fixe et permanent. Pourquoi ces conditions ne pourraient-elles pas être remplies aussi bien par un étranger que par un Français ? Quand cet étranger a en France son principal établissement, quand il y a le siège de sa fortune, son avoir mobilier, ses titres de créances, ses capitaux, en un mot tout ce qui a rapport à sa fortune, pourquoi n'y aurait-il pas aussi son domicile ? Evidemment, une telle situation n'a rien d'arbitraire ni d'accidentel. Il est certainement plus rationnel de décider, que l'étranger acquiert un domicile en France, quand il y transporte aussi toute sa richesse mobilière, que de lui accorder la jouissance et l'exercice de tous les droits civils, par cela seul qu'il s'est fait autoriser à y résider par le chef de l'Etat, alors qu'il peut avoir laissé à l'étranger toute sa fortune, et que sa résidence en France n'est même pas nécessairement continue.

Il était admis avant la rédaction du Code civil que l'étranger pouvait avoir son domicile en France (Merlin, *Rép. v° Divorce*, sect. IV § 16). Ne doit-on pas dire ici encore que si le législateur a gardé le silence sur le point qui nous occupe, c'est parce qu'il a admis l'opinion suivie jusque là dans la pratique ?

L'argument, tiré de l'avis du conseil d'Etat du 20 prairial an XI, doit être écarté. Ce document n'a pas été inséré au *Bulletin des*

Lois, et il n'a été publié légalement d'aucune autre manière. Il ne peut donc avoir, dans tous les cas, l'autorité d'un texte positif. Et encore est-on en droit de prétendre que cet avis n'est relatif qu'au domicile spécial dont parle l'article 13 du Code civil, et à celui que la constitution de l'an VIII exigeait pour la naturalisation. Il faut bien remarquer, en effet, que l'article 13 n'a pas pour objet de déterminer à quelles conditions, l'étranger acquerra un domicile en France. Le législateur s'est préoccupé uniquement ici de la naturalisation et de la position de l'étranger pendant la période intermédiaire, qui s'écoule entre le moment où il s'établit en France, et l'époque où il pourra acquérir la nationalité française. Au moment de la rédaction des Codes, existaient les articles 726 et 912 du Code civil. L'article 13 soustrait aux exclusions qu'ils prononcent, l'étranger qui est autorisé à établir son domicile en France. Mais le mot « domicile » qui se trouve dans le texte n'a pas un sens dominant ; il n'arrive là qu'accidentellement. Tout ce qu'a voulu dire le législateur, c'est que l'étranger, autorisé à établir son domicile en France, jouirait de la plénitude des droits civils. L'historique de la rédaction de l'article 13 démontre nettement l'exactitude de notre interprétation. Le projet primitif ne faisait aucune mention du domicile ; il disposait simplement que l'étranger « qui aurait « fait la déclaration de vouloir se fixer en France pour y devenir « citoyen, et qui y aurait résidé un an depuis cette déclaration, « y jouirait de la plénitude des droits civils » (Locré, I. p. 33). Si le texte a été modifié, ce n'a été nullement pour trancher la question de savoir si l'étranger pourrait avoir en France un domicile légal, mais pour satisfaire à une observation de Bonaparte, qui avait fait remarquer qu'il serait dangereux d'accorder ainsi à tout étranger, qui déclarait se fixer en France, la jouissance de tous les droits civils. La nouvelle rédaction a eu ainsi uniquement pour objet de subordonner, à l'agrément du pouvoir exécutif, l'établissement en France de l'étranger, qui voulait obtenir la plénitude des droits civils et acquérir les qualités nécessaires pour parvenir à la naturalisation.

Nous sommes ainsi conduits à penser que l'étranger peut avoir un domicile en France dans tous les cas, et alors même qu'il n'aurait pas été autorisé à s'y établir.

Notre thèse a rencontré un certain nombre d'adhérents, et elle a en sa faveur quelques décisions judiciaires (Merlin, *Rép.*, *v°* *Domicile*, § 13 ; — Valette, sur Proudhon, I, p. 237 ; — Richelot, II, p. 312, note 1 ; — Demante, *Cours anal.*, t. I, n° 128 bis ; — Rodière, *Revue de lég.*, 1840, I, p. 180 et suiv ; — Aubry et Rau, I, § 31, texte et note 52 ; — Laurent, *Principes de Droit civil français*, II, n° 68 ; — Renault, *J. D. I. P.*, 1875, p. 422 ; — Cass., 24 avril 1827, S. 27, I, 579 ; — C, Paris, 15 mars 1831, S., 31, 2, 237 ; — Cass., 17 juillet 1833, S., 33, 1, 663 ; — Riom, 7 avril 1835, S. 35, 2, 374 ; — C. Paris, 1er février 1836, S. 36, 2, 176 ; — Cass., 28 avril 1836, S., 36, 1, 749 ; — 11 mai 1838, S. 38, 1. 656 , — Paris, 25 mai 1852, S. 52, 2, 289 ; — Besançon, 25 juin 1860, S. 60, 2, 591 ; — Alger, 21 mars 1860, S. 61, 2, 65 ; — Cass., 21 juin 1865, S. 65, 1, 313 ; — 27 avril 1868, S. 68, 1, 257).

Après avoir établi en principe la théorie de l'unité de patrimoine, ceux qui admettent ce système sont forcés de reconnaître que la loi personnelle du défunt ne peut régir toutes les situations juridiques, qui découlent de l'ouverture de la succession, et que la loi de la situation des biens doit avoir aussi son influence. La détermination des cas que cette dernière loi doit régler est une des grandes difficultés de ce système.

Ils décident que c'est la loi personnelle du défunt qui régit l'ouverture de la succession, la capacité des successibles, les causes d'incapacité des divers ordres de successions ordinaires et anomales, la fente, la représentation, les droits des enfants adoptifs, légitimés ou naturels, l'acceptation ou la répudiation des successions et les effets des cessions des droits héréditaires éventuels.

Mais quand il s'agit du rapport, ils font déjà une distinction ; ils n'appliquent leur principe que quand la loi nationale du défunt n'est pas plus rigoureuse que la loi de la situation, et ils arrivent à la rejeter complètement dans toutes les questions relatives à

l'acquisition et à l'investiture de l'hérédité, notamment en ce qui concerne la saisine et le retrait successoral.

Dans notre système, au contraire, la solution de ces questions sera facile à donner. Quel que soit le cas à réglementer, l'on appliquera toujours la loi réelle du défunt s'il s'agit d'un immeuble, la loi personnelle s'il s'agit d'un meuble.

Il nous reste, pour en finir avec la dévolution de la succession en droit civil, à dire quelques mots des successions en déshérence et des successions vacantes.

L'article 768 du Code civil dispose, qu'à défaut du conjoint survivant, la succession est acquise à l'Etat. Ce ne n'est pas là à proprement parler un droit d'hérédité ; c'est un simple droit d'administration et de gouvernement qui résulte au profit de l'Etat de l'article 529 (C. civ.), d'après lequel tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au Trésor public (Portalis, *Disc. prélim.*, 1, p. 182). Le droit de l'Etat se fonde sur ce principe que ce qui n'appartient à aucun individu appartient au corps entier de la société. Il prévient les désordres qu'entraîneraient les compétitions particulières des individus et l'occupation (Disc. de Siméon, n° 27 ; Locré, V, p. 137).

Ainsi compris, il s'applique à toutes les choses mobilières et immobilières situées dans le territoire de la République ; car, découlant du droit de souveraineté de l'Etat, il fait incontestablement partie du statut réel.

La Direction générale des Domaines l'a dit en excellents termes : « Le droit de déshérence de l'Etat, porte l'Inst. n° 2602, « s'applique indistinctement aux biens laissés en France par des « étrangers et aux biens dépendant des successions de sujets « français. Il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les meubles « et les immeubles. C'est, en effet, en vertu de son droit de sou- « veraineté que l'Etat acquiert les biens sans maître qui se « trouvent sur son territoire ; or, ce droit de souveraineté n'existe « pas seulement à l'égard des immeubles situés sur le territoire « français ; il atteint au même degré les objets mobiliers que le « défunt possédait en France, le numéraire qu'il y a laissé, les

« créances qui y sont payables et toutes les autres valeurs incor-
« porelles dont la réalisation ne peut être poursuivie qu'en France
« et sous la protection des lois françaises. La nation étrangère à
« laquelle appartenait l'auteur de la succession en déshérence ne
« saurait en aucun cas être admise à faire acte de souveraineté
« au-delà des limites de son territoire ; elle ne peut, dès lors,
« revendiquer en France les biens abandonnés qui proviennent
« de ses nationaux.

« La plupart des conventions diplomatiques qui régissent les
« rapports de la France avec les nations étrangères, autorisent,
« il est vrai, les représentants de ces nations à intervenir lors-
« qu'un de leurs sujets décède en France, dans l'intérêt des
« familles des décédés. Mais ces conventions supposent toujours
« que l'étranger décédé en France a laissé dans le pays auquel il
« appartenait des héritiers ou légataires dont elles entendent
« sauvegarder les droits ; elles demeurent sans application lorsque
« le défunt, n'ayant laissé aucun héritier ou légataire, la succes-
« sion se trouve abandonnée et soumise à ce titre au droit de
« déshérence de l'Etat français comme conséquence nécessaire du
« droit inaliénable de souveraineté qui lui appartient (C. Paris,
« 15 nov. 1833. Dalloz, J. G, v° succ., n° 391 ; — Bordeaux,
« 12 février 1852, D. P., 54, 2, 154 ; — Comp. Cass , 28 juin 1852,
« S. 52, 1, 537). »

Ce n'est pas à dire pourtant qu'il n'y ait même ici aucune différence à faire entre les meubles et les immeubles. Cette dernière catégorie de biens étant dans notre opinion régie, quant à la dévolution de la succession, par la loi de la situation, ce sera cette dernière loi qui s'appliquera pour régler toutes les situations possibles en matière de succession en déshérence. Au contraire, s'il s'agit de mobilier, ce sera la loi nationale du défunt ou la loi du domicile, selon l'opinion que l'on admet, qui décidera si la succession est réellement en déshérence (1).

---

(1) M. Antoine admet que c'est la loi nationale du défunt qui indique si la succession est vacante. Il donne ainsi à l'Etat un véritable droit héréditaire (n° 79).

La vacance d'une succession suppose qu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer, personne ne s'est présenté pour la réclamer, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus ont renoncé (art. 811 du Code civil et 998 du Code de proc. civ.)

Quand il y a succession vacante, il n'y a pas à vrai dire de succession, car il n'y a ni indivision, ni partage, ni même successeur. Pourtant, il y a intérêt à savoir quels sont les héritiers appelés à la recueillir, la renonciation de ces héritiers ayant précisément pour effet de faire considérer l'hérédité comme vacante. Cette détermination aura lieu évidemment d'après les règles ordinaires.

Cette question de la dévolution de la succession n'est pas la seule à laquelle donnent lieu les successions vacantes. On peut se demander encore quel Etat sera compétent pour faire déclarer la vacance ; quelle sera l'étendue des pouvoirs du curateur ; ces pouvoirs seront-ils restreints au pays qui les a nommés, ou s'étendront-ils à tous les pays dans lesquels sont situés des biens dépendant de la succession ?

M. Antoine (n° 79) prétend que la loi nationale du défunt sera compétente pour trancher toutes les questions qui pourront se présenter, ce qui revient à dire qu'en l'espèce le statut des successions vacantes est personnel. C'est là une conséquence de la théorie, qu'il admet en matière de succession en déshérence. Le droit de l'Etat étant, dans son opinion, un véritable droit héréditaire, il en conclut que c'est à l'Etat, qui a un droit éventuel aux biens, qu'il appartient de faire nommer le curateur. Dans ce système, le curateur aura évidemment autorité en tous lieux, la succession étant dévolue, suivant M. Antoine, d'après une loi unique.

On est arrivé aussi à décider que les pouvoirs des curateurs s'étendraient dans tous les pays où le défunt laisse des biens, en partant d'un autre principe. On prétend que le curateur n'est qu'un mandataire ordinaire dont les pouvoirs ne touchent aucunement à la souveraineté de l'Etat dans lequel il agit ; que, quand

il fait des actes d'administration, quand il réalise les biens, quand il paye les dettes, quand il poursuit le recouvrement des créances, il ne fait qu'agir au nom des créanciers, et de toutes autres personnes qui ont des droits à la succession ; que, sans doute, c'est bien le tribunal qui le nomme ; mais qu'en agissant ainsi l'autorité judiciaire ne fait que se substituer aux parties intéressées dans un but de simplification, et pour éviter les conflits qui ne manqueraient pas de surgir, en grand nombre, s'il en était autrement (Laurent, *Droit civil international*, VII, 136).

Nous pensons qu'ici, comme en matière de succession en déshérence, le statut est réel. La mission de l'autorité judiciaire, est, en effet, double : Elle veille aux intérêts des absents auxquels l'hérédité pourraît être dévolue (art. 114, C. civ.) ; 2° elle assure l'efficacité des mesures d'ordre prescrites par la loi en cette matière, et elle protège les droits de l'Etat appelé éventuellement à recueillir la succession à titre de déshérence. Elle intervient donc pour sauvegarder l'intérêt public et la souveraineté de l'Etat.

Par voie de conséquence, les curateurs, qui sont institués pour remplir cette mission, sont de simples administrateurs aux biens qui tiennent uniquement leur pouvoir de l'autorité judiciaire. Dès lors, ce pouvoir doit se renfermer strictement dans les territoires où ils ont reçu ce pouvoir, et il y a autant de successions vacantes qu'il y a de pays dans lesquels le défunt à laissé des biens.

CHAPITRE II

Des restrictions qui résultent de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819.

Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent sans restriction chaque fois qu'il n'y a que des héritiers étrangers, que le *de cujus* soit français ou étranger. Mais lorsque des cohéritiers

français se trouvent en présence de cohéritiers étrangers, ces dispositions reçoivent des exceptions qui résultent de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819.

Cet article 2 qui déroge en faveur des Français aux règles générales du droit international est ainsi conçu :

« Dans le cas de partage d'une même succession entre des « cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèvent sur les « biens situés en France une portion égale à la valeur des biens « situés en pays étrangers, dont ils seraient exclus à quelque « titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. »

Le but du législateur, en édictant ces dispositions, a été de sauvegarder les intérêts de ses nationaux dans les successions dont ils pourraient être exclus en vertu de lois étrangères. Il peut arriver, en effet, que le défunt ayant laissé, à la fois, des biens en France et dans les pays étrangers, la loi étrangère attribue à l'un des cohéritiers une part plus forte que celle qui lui aurait été dévolue d'après la loi française. Si l'on s'en tenait aux principes ordinaires, qui consistent à faire dépendre la succession immobilière de la loi de la situation, et la succession mobilière de la loi personnelle du défunt, le cohéritier français pourrait éprouver en certains cas un double préjudice : non-seulement il serait exclu sur les biens étrangers en vertu des dispositions spéciales de la loi étrangère, mais il subirait encore la même exclusion sur les biens mobiliers qui ont leur situation en France lorsque le défunt serait étranger. La loi libérale de 1819 aurait donc eu ce singulier résultat, qu'elle aurait créé au profit des étrangers une capacité exceptionnelle et supérieure à celle que le droit commun reconnaît aux Français, si le législateur n'avait eu recours à la disposition équitable et prévoyante de l'article 2.

Nous allons examiner successivement :

1° Dans quels cas il y a lieu à l'exercice du droit de prélèvement ;

2° Au profit de quelles personnes il existe et contre quelles personnes il peut être invoqué ;

3° Sur quels biens il peut s'exercer.

Et d'abord, faut-il que le préjudice résulte de l'extranéité du Français, ou suffit-il qu'il y ait simplement exclusion en vertu du droit commun en vigueur dans l'Etat étranger dont les lois trancheraient la question de dévolution d'une manière différente de la loi française, et appelleraient certains parents de préférence à ceux indiqués par le Code civil ?

Un certain nombre d'auteurs veulent, pour qu'il y ait lieu à prélèvement, que le Français ait été exclu à l'étranger en qualité même de Français. Ils prétendent que l'opinion contraire serait en désaccord avec le but que s'est proposé le législateur de 1819. En effet, en abrogeant dans l'article 1er de la loi l'article 726 du Code civil, il donne à l'étranger pleine capacité de succéder en France, sans exception pour le cas où le Français ne serait pas admis à succéder dans le pays de cet étranger. Il a voulu remettre en vigueur, disent-ils, les anciennes dispositions libérales du droit intermédiaire et supprimer le système de réciprocité internationale dont le principe est écrit dans l'article 11 du Code civil. Mais, comme de telles dispositions pouvaient avoir pour résultat de léser le cohéritier français au profit d'étrangers, quand la législation de ces derniers aurait conservé contre lui le droit d'aubaine, le législateur de 1819 a dû prendre les mesures nécessaires pour protéger les intérêts de ses ressortissants : c'est ainsi qu'il a autorisé le prélèvement par le cohéritier français lésé, quand l'étranger succède en France et que lui-même est exclu à l'étranger en sa qualité de Français. Tel est le but déterminé et circonscrit de l'article 2.

On dit que cette interprétation est d'autant plus plausible que le rapporteur de la loi, M. Boissy-d'Anglas, a eu soin, dans les explications qu'il a données, de prendre toujours pour exemple l'Angleterre, qui avait précisément gardé le droit d'aubaine. « Vous appelez, a-t-il dit, tous les Anglais à recueillir en France « toutes les successions auxquelles ils auraient droit s'ils étaient « Français ; mais le gouvernement Britannique n'en fait pas de « même, et pendant que l'Anglais, quoique Anglais, est habile à « succéder parmi nous, le Français, *parce qu'il est Français*, ne

« saurait hériter en Angleterre. Voici l'hypothèse qui va achever « d'éclaircir la question : un sujet du roi de la Grande-Bretagne « meurt, en laissant deux lignées, un fils établi à Londres, et des « petits enfants nés en France d'une fille mariée à un Français, « et qui est morte avant son père ; la succession immobilière est « située dans les deux pays ; les lois sur le droit d'aubaine sont « abolis parmi nous, mais elles ne le sont pas en Angleterre : « l'Anglais vient partager ici avec les enfants de sa sœur les « biens que son père y a laissés, et il n'y rencontre aucun obsta- « cle ; mais quand les co-successeurs vont à leur tour réclamer à « Londres leur part dans les biens qui s'y trouvent, on les re- « pousse *en leur opposant leur qualité de sujets du roi de « France* : on se fonde avec succès sur cette même législation « de l'aubaine que nous venons d'abolir, et ils sont frustrés de « tout concours dans la succession de leur aïeul ; ce serait le seul « cas, sans doute, où la loi de réciprocité pourrait être regrettée ; « mais la loi actuelle y a pourvu jusqu'à un certain point par « l'article 2 du projet. »

Nous pensons, malgré tous ces motifs, qu'une telle interpréta- tion est trop étroite. Elle a contre elle le texte exprès de l'article 2 qui est aussi général que possible ; qui autorise le prélèvement quelle que soit la raison pour laquelle les cohéritiers français sont exclus et qui n'exige qu'une seule condition, à savoir que l'exclu- sion résulte des lois et coutumes locales.

Cette circonstance, que le rapporteur a pris comme exemple l'Angleterre, n'est pas déterminante, car dans la discussion du projet, le garde des sceaux a indiqué que l'article 2 devait avoir une portée absolue. Après avoir parlé des inégalités qui résul- taient dans notre ancien droit de la diversité des coutumes, il déclare, en effet, que « si l'on n'avait pas songé à y obvier, c'est « parce qu'un Français gagnait ce que l'autre perdait, tandis « qu'on ne peut avoir la même indifférence pour les avantages « d'un étranger sur un Français » (Locré, X, p. 503) et le baron Pasquier lui-même, à la Chambre des députés, a manifesté la même opinion en exprimant cette idée qu'il ne fallait pas, lorsque

l'égalité des partages entre Français est la règle, que cette égalité cessât lorsqu'un étranger se trouve avoir part à la succession (Locré, X, p. 572).

La majorité des auteurs et la jurisprudence sont d'ailleurs fixés dans notre sens (Demolombe, XIII, n° 199 ; Demante, III, n° 33 *bis*, II ; Rodière, *Revue de législation,* I de 1850, p. 192 ; Laurent, *Principes de Droit civil français*, VIII, n° 555 ; Aubry et Rau, VI, § 592, texte et note 12 ; *J. D. I. P.*, II, 274 ; C. Paris, 15 février 1845, D. P., 50, 5, 211 ; Cass. 18 juillet 1859, S. 59, 1, 822 ; Boulogne, 19 juin 1873 et C. Douai, 28 avril 1874, S. 74, 2, 195 ; *contrà* Antoine, n°s 144 et suiv.).

Nous nous garderons cependant d'aller trop loin, et sous prétexte de garantie nous n'accorderons pas aux Français un véritable privilège. Ainsi, si l'exclusion, au lieu de provenir de la loi ou des coutumes, résulte d'un testament qui aurait appelé l'étranger au détriment d'un Français, il n'y aura pas lieu à prélèvement, et le Français se trouvera même exclu sur les biens de France (Demol., XIII, n° 200 ; C. Paris, 6 juillet 1862, D. P., 62, 2, 73 ; Laurent, *op. cit.*, n° 556).

Mais que décider, si la disposition valable d'après la loi étrangère est nulle d'après la loi française ? Par exemple, si un mineur usant de la faculté que lui laisse la loi de son pays de tester pour la totalité de son patrimoine, laisse toute sa succession à un étranger au préjudice d'un successible français ?

Nous pensons avec M. Demolombe (XIII, n° 200) que le droit de prélèvement pourra être exercé par le cohéritier français. Il est vrai que l'exclusion provient de la volonté du testateur ; mais cette volonté elle-même a besoin d'être consacrée par la loi ou la coutume locale, et, en ce sens, on peut dire alors que l'inégalité provient de la loi ou de la coutume locale. En outre, le but de la loi de 1819, qui a voulu traiter les Français et les étrangers sur un pied d'égalité, ne serait pas remplie, puisque la même exclusion ne pourrait être faite contre des étrangers par un testateur français. D'ailleurs, le garde des sceaux a pris soin d'indiquer qu'il en était ainsi, en affirmant qu'il est absolument indifférent, pour

que l'article 2 reçoive son application, que l'exclusion des cohéritiers français provienne du fait seul de la loi ou qu'elle résulte d'une disposition autorisée par la loi (Locré, X, p. 503, 504 et 578). (Voir dans notre sens, Rossi, *Encycl.*, v° *Aubaine*, n° 20 ; Demolombe, I, 200 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 592, texte et note 11 ; Cass., 27 août 1850, D. P. 50, 1, 257 ; 29 décembre 1856, D. P. 56, 1, 471 ; C. Douai, 28 avril 1874, D. P. 75, 2, 49).

La situation inverse à celle que nous venons d'étudier peut se présenter. On peut supposer que la disposition ait été faite au profit d'un cohéritier Français et que cette disposition soit déclarée nulle par la loi étrangère et valable par la loi française ? Le légataire français pourra-t-il se prévaloir en France de l'article 2 pour y prélever une part égale à celle dont il aura été privé sur les biens étrangers par suite de la nullité du testament prononcé par la loi étrangère ?

Nous admettons sans hésiter la négative.

Le but de la loi de 1819 est d'empêcher uniquement que l'étranger ne soit privilégié au préjudice du Français, en vertu de sa loi nationale, mais non d'établir au profit de ce dernier des droits identiques à ceux que l'héritier ou le légataire étranger aurait en France. Or, en l'espèce, la loi étrangère prive le français d'un legs, c'est-à-dire d'un privilège ; mais elle ne lui enlève aucune part de la succession *ab intestat* à laquelle il pourrait avoir droit. Agir ici, comme quand elle le déclare incapable de succéder ou qu'elle lui accorde une capacité restreinte, ce ne serait donc plus seulement rétablir l'égalité lésée, ce serait consacrer au profit du Français un véritable droit d'aubaine. (En ce sens, Demolombe, XIII, n° 200, C. Grenoble, 25 août 1848, D. P. 49, 2, 249 ; Cass. civ., 27 août 1850, S. 50, 1, 647 ; *contrà* Rossi, *Encycl. du Droit*, v° *Aubaine*, n° 20.)

Lorsque le droit au prélèvement sera reconnu d'après les principes que nous venons d'exposer, il pourra s'exercer alors même que les juges étrangers compétents pour connaître de l'universalité de la succession auront liquidé les droits des cohéritiers sur les biens de France. Les jugements qu'ils auraient rendus, en

cette matière, ne pourraient, en effet, être exécutoires en France qu'autant qu'ils auraient été soumis au visa des juges français, et ceux-ci auraient le droit d'examiner si la décision étrangère n'est pas contraire à des dispositions qui seraient d'ordre public en France, et de modifier en vertu de ce pouvoir le dispositif du jugement étranger.

Mais il faut se garder d'exagérer. Il ne faut pas dire avec la jurisprudence qu'il en sera ainsi même lorsqu'il existera entre l'Etat français et l'Etat étranger un traité accordant aux décisions judiciaires étrangères la force exécutoire en France de plein droit, et sans faculté de révision par le juge français (Cass., 18 juillet 1859, D. P. 59, 1, 325; C. Paris, 5 février 1845, D. P. 50, 2, 241.) Les traités sont, en effet, des actes synallagmatiques qui obligent les deux pays et auxquels il ne peut être dérogé par des lois particulières. Il y a d'ailleurs peu d'inconvénients à admettre ce système, les gouvernements ayant soin d'ordinaire de ne pas conclure de telles conventions avec des pays dans lesquels leurs nationaux seraient traités d'une manière défavorable.

En ce qui concerne les personnes qui peuvent exercer le droit de prélèvement, ou contre lesquelles on peut l'exercer, on peut prévoir trois hypothèses :

1° Il y a, à la fois, des cohéritiers français et des cohéritiers étrangers ;

2° Il y a des cohéritiers étrangers seulement ;

3° Il y a des cohéritiers français seulement.

La solution des deux premières espèces ne présente aucune difficulté. La première hypothèse est directement résolue par l'article 2 lui-même qui suppose précisément « le cas de partage entre « des cohéritiers étrangers et français. » Aucun doute ne peut donc s'élever sur l'exercice du droit de prélèvement par le cohéritier français, si d'ailleurs les conditions d'inégalité dont nous venons de parler existent réellement. Il ne peut être non plus question de prélèvement pour les étrangers, soit qu'ils concourent avec des cohéritiers français, soit qu'il n'y ait pas de Français en cause. La loi de 1819 n'a, en effet, d'autre but que

de protéger les intérêts de nos nationaux qui ne sont pas en jeu ici, et le Garde des Sceaux, lui-même, lors de la discussion du projet de loi, a pris soin d'exclure de l'application du prélèvement, tous les cas où il n'y a que des cohéritiers étrangers en présence (Locré, *Lég. civ.* X, p. 568 ; voir dans ce sens, Cass., 29 juin 1863, D. P. 63, 1. 419.)

Nous pensons qu'il en serait ainsi, alors même qu'il s'agirait d'étrangers domiciliés en France avec l'autorisation du gouvernement. Sans doute, les étrangers de cette catégorie ont, en principe, les mêmes droits civils que les Français. Mais, en l'espèce, il s'agit d'un droit inspiré uniquement par une pensée de protection pour les Français, d'un droit par conséquent conditionnel, dans tous les cas exceptionnel et dérogatoire au droit commun ; et qu'on ne saurait dès lors appliquer par analogie (*sic*, Aubry et Rau, § 592, texte et note 10 ; *contrà*, Renault, *J. D. I. P.*, III p. 19.)

Nous n'admettrions une solution différente que si l'étranger était assimilé par un traité au Français en matière de succession, cela, parce que les traités obligent toutes les parties contractantes, et que le droit de prélèvement constitue, comme nous aurons occasion de le dire tout à l'heure, un véritable droit héréditaire. On peut citer en ce sens les traités avec la Russie, l'Autriche et la Serbie, traités que nous avons mentionnés déjà dans le cours de cet ouvrage (*sic*, Aubry et Rau, § 592, texte et note 15; Renault, *J. D. I. P.*, III p. 19.)

La jurisprudence admet que le prélèvement peut s'exercer même lorsque tous les cohéritiers sont Français. Elle s'appuie pour le décider ainsi sur les paroles prononcées par le baron Pasquier, lors de la discussion du projet de loi : « Lorsque les Français, a-t-« il dit, sont copropriétaires par voie de succession en France et « à l'étranger, il est fait une masse du tout et le partage s'opère « suivant les lois françaises. » (Locré, X, p. 572.) Elle conclut de ces expressions, qu'en votant la loi de 1819, la Chambre a voulu modifier le système de droit international admis par la loi française, non pas seulement contre l'étranger lui-même, mais plutôt

contre tous les préjudices que pourrait causer au Français l'application de la loi étrangère ; que, dès lors, l'article 2 est purement énonciatif et qu'il y a lieu à prélèvement chaque fois que le Français subit un préjudice quelconque, que ce soit un étranger ou un Français qui en profite (Bastia, 25 mars 1833, D. P. 34, 2, 3 ; Cass., 27 août 1850, S. 50. 1. 647 ; 20 mai, 1879, D. P. 79, 1, 350 ; C. Chambéry, 11 juin 1878, D. P. 79, 2, 82 ; en ce sens également, Demante, III, n° 33 *bis* ; Demolombe, XIII, n° 203, et I n° 93.)

Quelle que soit la valeur de ces considérations, il ne nous semble pas qu'elles puissent prévaloir contre le texte exprès de l'article 2 qui ne s'applique expressément qu'au cas de concours établi entre cohéritiers français et étrangers. En outre, l'article 1^er^ n'ayant été édicté que pour régler la succession des étrangers, l'article 2 ne saurait s'appliquer que quand il existe des successibles de cette catégorie, et on ne saurait, en l'espèce, argumenter par analogie, puisque la disposition de l'article 2 est exceptionnelle, et qu'elle doit être, dès lors, interprétée restrictivement. On ne saurait d'ailleurs guère tirer parti en faveur du système de la jurisprudence des travaux préparatoires ; car, outre que les paroles du baron Pasquier peuvent très bien être entendues dans le sens de notre doctrine, l'orateur du gouvernement a exprimé, à maintes reprises, cette idée que la raison d'être de l'article 2, c'est qu'il ne faut pas que l'étranger puisse gagner tout ce que le Français perdra par suite de l'application de la loi étrangère (Locré, X, p. 503), et cette raison n'existe pas, quand il n'y a que des cohéritiers français en présence (*sic*, Renault, *J. D. I. P.*, III, p. 21 ; Laurent, *Droit civil international*, VIII, n° 559 ; Duvergier, sur Toullier, II, n° 102, note *a*.)

Après avoir vu dans quels cas, et au profit de quelles personnes il y a lieu à prélèvement, il ne nous reste plus qu'à dire comment et sur quels biens il s'opère.

L'article 2 de la loi de 1819 suppose que la succession comprend, à la fois, des biens situés en France, et des biens situés à l'étranger. Mais comment déterminer la situation des biens au point de vue du droit de prélèvement ?

Si la succession n'est composée que d'immeubles, il n'y a aucune difficulté. Les immeubles ont une situation déterminée ; le droit de prélèvement pourra s'exercer sur tous ceux qui sont situés en France.

Mais que décider quant aux meubles ?

Il est évident qu'on ne saurait admettre ici la maxime *mobilia sequuntur personam* et dire que le prélèvement pourra s'opérer sur tous les biens meubles, qui au point de vue de la dévolution de la succession peuvent être régis par la loi française, c'est à dire, dans l'opinion que nous avons adoptée, qui dépendent de la succession d'un Français. L'article 2 est, en effet, un vestige du vieux droit d'aubaine ; et quand il s'agissait de déterminer, pour son application, la situation des biens, on n'admettait plus la maxime que les meubles sont au domicile de la personne. On considérait le bien meuble en lui-même ; ce meuble était dévolu au souverain qui pouvait en fait l'appréhender. Cette doctrine de l'ancienne jurisprudence nous parait devoir encore recevoir ici son application, et cela pour deux motifs principaux : en premier lieu, parce que les règles de l'article 2 découlent du droit de souveraineté de l'Etat et que les règles de cette catégorie doivent recevoir leur application sur le territoire à l'exclusion de toutes autres ; en second lieu, parce que, comme le dit M. Rossi (*Encycl. du Droit*, v° Aubaine, n° 19), l'article 2 parle des biens situés en France d'une façon absolument générale, et qu'il n'aurait aucun sens si on ne le faisait porter sur les meubles, les étrangers n'ayant pas en France, pour la plupart du temps, leur fortune immobilière (*sic*, Cass., 29 décembre 1856, S. 57, 1, 257 ; 27 août 1850, D. P., 50, 1, 257 ; C. Paris, 14 juillet 1871 ; D. P., 72, 2, 65 ; Cass., 21 mars 1855, S. 55, 1, 273 ; Demante, III, n° 23 (*bis*) IV ; Demangeat, *de la condition des étrangers*, p. 403 ; Demolomble, XIII, n° 206).

En vertu de ce principe, tous les meubles corporels qui sont matériellement situés en France, tous les meubles incorporels qui y ont leur situation fictive, soit parce que le débiteur est domicilié en France ou que le payement doit y être fait, doivent être

considérés comme pouvant faire l'objet du prélèvement prévu par l'article 2 de la loi de 1819. Nous irons même plus loin : alors que les créances, rentes, actions, etc., seraient payables en dehors du territoire on que leur débiteur serait domicilié à l'étranger, elles pourront tomber sous le coup de la même disposition, si d'ailleurs les titres qui constatent leur existence, ont été laissés en France par le défunt. Telle a été, pensons-nous, l'intention du législateur, qui s'est proposé comme but essentiel de rétablir autant que possible l'égalité dans le partage de la succession. Sans doute, il ne sera pas toujours facile au cohéritier français, admis à exercer le prélèvement, d'arriver au recouvrement des créances et à la réalisation des valeurs de cette catégorie, puisque la juridiction étrangère restera toujours seule compétente en cas de poursuite contre le débiteur et qu'elle pourra se refuser à admettre les prétentions du Français détenteur des titres. Ce sera là évidemment un obstacle de fait à l'application de la loi. Mais, comme le dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 mars 1855 (D. P. 55, 1, 137) « si les tribunaux français sont impuis-« sants pour assurer le paiement de ces valeurs, par les banques « étrangères, à l'héritier français, ils peuvent du moins déclarer « qu'elles en sont la propriété et ordonner la remise des titres entre « ses mains pour les faire valoir ainsi qu'il avisera ».

Lorsqu'il y aura lieu à prélèvement, on devra pour en déterminer l'étendue, former une masse de tous les biens de la succession existant en nature, de ceux qui se trouvent en France, aussi bien que de ceux qui sont situés à l'étranger. On y réunira le montant des rapports, et on calculera sur la masse ainsi formée la part qui serait dévolue au français la succession se trouvait en France. Si la part que la loi étrangère lui accorde sur les biens étrangers, est moindre que celle qui leur reviendrait d'après la loi française, il s'indemnisera sur les biens situés en France (Locré, X, p. 526-527 ; Cass., 16 fév. 1842, S. 42, 1, 714 ; Grenoble, 25 août 1848, S. 49, 2, 257 ; Cass., 9 janvier 1856, *le Droit* du 10 janvier 1856 ; Chambéry, 12 juin 1868, *J. D. I. P.*, V. p. 611 ; Demolombe, XIII, n° 209 ; Duvergier sur Toullier, II, n° 102, note *a*).

La Cour de Grenoble a jugé le 25 août 1848 (arrêt cité plus haut) que si l'inégalité au préjudice du Français résulte d'une disposition du défunt qui est nulle en France, le prélèvement ne pourra s'opérer en France que sur la portion qui revient au légataire avantagé ainsi à l'étranger. Cette opinion, à notre avis, est seule équitable : il est certain, en effet, qu'il y aurait injustice flagrante à faire supporter par les héritiers non avantagés, le préjudice causé au cohéritier français (en ce sens également, Cass., 27 août 1850, S. 50, 1, 647).

Quelques auteurs ont pensé que le droit de prélèvement accordé ainsi aux cohéritiers français par l'article 2 de la loi de 1819 constituait une simple créance et non un droit de succession proprement dit (*sic* Rossi, *Encycl. du Droit*, *v°* *Aubaine*, n° 20). Si ce système était exact, il entraînerait, soit en droit civil, soit en droit fiscal, d'importantes conséquences : en droit fiscal, on devrait considérer comme une dation en paiement passible d'un droit de vente ou de cession, l'acte ou le jugement qui constaterait l'abandon de valeurs successorales au cohéritier français ainsi loti ; en droit civil, il faudrait décider que si les biens de la succession situés en France ne suffisent pas pour permettre l'exercice intégral du prélèvement, le Français lésé pourra exercer son droit sur tous les biens, même personnels, que l'étranger avantagé possèdera en France, d'après le principe que l'ensemble des biens d'un débiteur répond de l'accomplissement de ses obligations.

Mais nous croyons avec M. Demolombe (XIII, n° 211) que cette opinion est absolument inadmissible. En effet, d'après le texte même de la loi, il n'y a en faveur du cohéritier français qu'un droit de prélèvement, ce qui indique un partage des biens en nature à opérer dans une certaine proportion, et, d'autre part, l'article 2 de la loi de 1819 n'est qu'une dérogation à l'article 1er qui établit la vocation héréditaire des étrangers, une simple restriction au droit de succession de ces derniers. Le droit de prélèvement fait donc acquérir comme tout autre droit de succession, à celui qui a le droit de l'exercer, un droit de copropriété immé-

diat, ce qui exclut les deux ordres de conséquence que nous venons d'indiquer.

L'opinion que nous combattons serait d'ailleurs en contradiction avec des principes universellement admis en droit international. Elle violerait, en effet, le principe de l'indépendance et de la souveraineté des Etats, car s'il est encore aujourd'hui permis au législateur d'un pays donné, de répartir comme il l'entend la succession aux biens soumis à son empire, il n'est pas autorisé à étendre son action au-delà des frontières, ni à régler même indirectement la succession des biens situés à l'étranger, ce qui aurait lieu, si la thèse soutenue par M. Rossi était fondée.

TROISIÈME PARTIE

DE L'EXIGIBILITÉ DE L'IMPOT DE MUTATION PAR DÉCÈS

CHAPITRE PREMIER

Théorie générale de l'exigibilité de l'impôt quant aux personnes et quant aux biens.

Nous avons démontré dans notre Introduction que l'impôt fait partie du statut réel, et établi brièvement que la loi de l'an VII est en harmonie avec cette doctrine. Mais de telles dérogations ont été faites depuis au principe qu'on peut bien dire maintenant en toute vérité qu'il n'existe plus qu'à l'état théorique. D'impérieuses nécessités budgétaires ont conduit le législateur à étendre au-delà des frontières, en matière de droits de mutation par décès, la sphère d'action de l'impôt, à tel point que la règle ne s'applique plus qu'en matière immobilière et que maintenant on pourrait presque affirmer, sans crainte d'erreur, que toutes les fois que la chose qui est l'objet d'un acte ou d'une mutation a un rapport quelconque avec la France, le législateur français cherche à l'atteindre sans avoir égard à son caractère plus ou moins dominant d'extranéité.

Sous l'empire de la loi du 22 frimaire an VII, on ne se préoccupe jamais de la nationalité ou du domicile des personnes ; le seul point que l'on considère, c'est la question de savoir si les objets transmis ont, ou non, le caractère de valeurs françaises ; dans le cas de l'affirmative seulement, l'impôt de mutation par décès est dû en France.

L'application du principe est facile à faire aux immeubles, dont la situation est fixe, et qui ont comme les personnes leur nationalité (art. 3 du Code civil) : sont assujettis au droit de mutation tous les immeubles français, alors même qu'ils dépendraient de la succession d'un étranger ou d'une personne domiciliée à l'étranger (*Inst.* 290, § 37).

Mais quand pourra-t-on dire que les biens meubles sont situés en France ? Faudra-t-il encore admettre ici, la fiction que les meubles sont au pays d'origine, ou au domicile de leur propriétaire, comme le font les civilistes quand il s'agit de régler la dévolution des biens ? Nous répondrons négativement, car, il ne s'agit plus ici d'une question de pur droit privé, mais d'une question d'impôt, où le droit de souveraineté de l'État doit être prédominant. Il en était ainsi déjà dans notre ancien droit, où la fiction qui répute les meubles situés au domicile du propriétaire, cessait de s'appliquer quand il s'agissait du droit d'aubaine (Demante, III, 23 *bis*, IV ; Demolombe, I, 206, voir *suprà*, p. 76).

L'article 27 de la loi de l'an VII semble pourtant consacrer la maxime que les meubles suivent la condition de leur propriétaire, puisqu'elle ordonne que le mobilier incorporel sera déclaré au domicile du défunt. Mais ce n'est là qu'une apparence : la loi de l'an VII n'entend résoudre qu'une question d'ordre. Si les valeurs incorporelles avaient dû être déclarées au bureau dans l'arrondissement duquel se trouve leur débiteur, il y aurait eu là pour l'héritier une source de complications que la loi a voulu éviter. Mais elle n'a nullement entendu sanctionner la maxime admise par les civilistes, car toutes les créances ou les rentes dues en France par des débiteurs français eussent échappé à l'impôt des successions, ce qui eût été évidemment contraire au principe que l'impôt fait partie du statut réel.

Pour déterminer, au point de vue de l'impôt, la nationalité des meubles, il faut, par conséquent, les abstraire de leur propriétaire. Or, parmi les biens de cette catégorie, il en est de différentes natures : les uns, comme les meubles corporels, ont toujours, à un moment donné, une situation matérielle ; ce sera cette situation à l'époque du décès qui dira s'ils doivent supporter ou non le droit en France. Mais il est d'autres biens comme les valeurs incorporelles qui sont sans assiette déterminée ; quand devra-t-on leur leur reconnaître la qualité de valeurs françaises pour les assujettir à l'impôt ?

L'administration avait essayé de résoudre cette question dans une délibération des 25-26 août 1828 (*J. E.*, 9226).

« Les droits de succession, disait-elle, sont dus sur les meubles, « rentes et créances situés ou payables en France, quel que soit le « domicile de la personne décédée et de ses héritiers. Mais il n'y « a pas lieu au payement des droits en raison des rentes ou créances sur l'étranger, quoique dépendant des successions ouvertes « en France. »

Les principes, qu'elle avait ainsi posés, ont été développés d'une manière remarquable dans un avis du comité des finances du conseil d'État du 11 février 1829 (*J. E.*, 9624, *Inst.* 1282, § 6), dont voici le texte :

« Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la loi du 22 fri- « maire an VII, le droit de mutation est établi pour toute trans- « mission de propriété de biens meubles ou immeubles soit entre « vifs, soit par décès ; — que ladite loi ne fait dépendre la per- « ception de cet impôt, ni de l'état, ni de la qualité des personnes « entre lesquelles la transmission s'opère ; qu'il suffit, pour qu'il « soit exigible, que le bien transmis soit assujetti à la législation « française en raison de sa situation locale ;

« Considérant que si les créances et autres biens incorporels « n'ont précisément nulle part de situation matérielle, il a toujours « été permis de leur assigner, pour l'application des lois, une « situation fictive ;

« Considérant que la garantie des droits du créancier étranger

« sur le sujet français repose principalement sur la protection que « leur accorde la loi française ; — que tant que l'obligation « subsiste, sa matière est censée se trouver en France, au domi- « cile du débiteur français ; — que c'est, en effet, au lieu et sous « l'autorité des magistrats de ce domicile que le créancier vient, « en cas d'inexécution du contrat, réclamer la somme promise, « exercer ses poursuites et recevoir son payement ; — que, par « conséquent, c'est audit domicile, plus que partout ailleurs, « qu'il est raisonnable de fixer la situation de la créance dont il « s'agit : d'où il suit, ainsi que l'ont décidé les arrêts de la Cour « de cassation des 27 juil. 1819, 16 juin et 10 novembre 1823, que « la transmission qui s'opère à l'égard de ladite créance doit être « assujettie au droit de mutation, quoique le titre 4 de la loi du « 22 frimaire an VII ne charge spécialement aucun bureau de « recevoir en pareil cas la déclaration ;

« Considérant toutefois que l'avis du conseil d'État du 15 no- « vembre 1806, approuvé le 12 décembre suivant, dispense du « payement des droits les actes passés en forme authentique dans « les pays étrangers, contenant obligation ou mutation d'objets « mobiliers, lorsque les prêts et placements auront été faits et les « livraisons promises ou effectuées en objets de ces pays, et sti- « pulés payables dans les mêmes pays et dans les monnaies qui y « ont cours ; — que, bien que ledit avis ne dispose qu'à l'égard « des transmissions résultant d'actes authentiques, il convient « d'en faire, par voie d'analogie, l'application au cas où la muta- « tion s'opère par décès ; que, par conséquent, toutes les fois que « dans le cours de ses poursuites l'administration de l'enregistre- « ment rencontre les particularités prévues par cet avis, il y a « lieu pour elle de renoncer à toute action ;

« Mais que, lorsqu'au contraire, lesdites particularités ne se « trouvent pas toutes réunies, elle est fondée à continuer d'exiger « des héritiers le paiement du droit imposé par l'art. 4 de la loi « du 22 frimaire an VII ;

« Est d'avis qu'il y a lieu de résoudre affirmativement la ques- « tion de savoir si le droit de mutation par décès est dû sur les

« obligations souscrites en France par des sujets français au profit « de sujets étrangers, lorsque ceux-ci décèdent en pays étranger « et que lesdites obligations y sont payables en monnaie fran- « çaise. »

De ces décisions, il résultait que, d'après la loi de l'an VII, les valeurs incorporelles étaient, en principe, censées se trouver au domicile du débiteur, puisque c'est à ce domicile que le créancier doit poursuivre l'exécution de l'engagement et la réalisation du gage. La situation légale du droit incorporel ne pouvait, d'après l'avis du Conseil d'État, être différente que s'il se trouvait un concours de circonstances particulières démontrant nettement l'intention des parties d'échapper à la loi du domicile, comme, par exemple, quand le contrat devait être exécuté dans un lieu désigné, et que la promesse du débiteur était garantie par une affectation sur les immeubles situés au même endroit. On pouvait donc dire, que si chaque espèce nécessitait l'appréciation des circonstances spéciales dans lesquelles l'obligation était née et le droit incorporel constitué, il y avait néanmoins une règle générale qui devait conserver son empire toutes les fois que l'intention contraire des parties n'était pas suffisamment caractérisée : à savoir que c'est le domicile du débiteur qui détermine la situation de la créance ou du droit incorporel.

La Cour de cassation a constamment appliqué cette doctrine. Elle a toujours rattaché, en règle générale, et rattache encore, pour la perception de l'impôt, toutes les créances, toutes les actions, toutes les obligations, donnant naissance à un droit incorporel au profit du défunt, au domicile du débiteur (1).

---

(1) Voir en ce sens, Cass., 27 juillet 1819, *J. E.* 6513; 16 juin et 10 nov. 1823, *J. E.* 7470 et 7797; 29 août 1837, *S.* 37, 1, 762; 24 févr. 1869 et 16 déc. 1870, *Rép. pér.* 2852 et 3224; *Inst.* 2385, § 6, *S.* 69, 1, 40.

La jurisprudence des tribunaux secondaires est également fixée dans le même sens : Brive, 29 août 1848, *J. E.* 14585; St-Etienne, 7 mars 1846, *J. E.* 14699; Seine, 31 janvier 1863, *J. E.* 17652; Nice, 7 fév. 1881, *Rép. pér.*, n° 5759.

Dans la loi du 22 frimaire an VII, qui est encore aujourd'hui en cette matière le fondement de notre législation fiscale, le principe de la territorialité de l'impôt était, on le voit, complètement respecté, et la Cour de cassation pouvait dire hautement dans ses arrêts « que la loi d'impôt n'a d'empire que sur les biens situés « dans les limites ou placés sous la souveraineté de l'Etat duquel « cette loi émane, et qu'elle ne peut atteindre les propriétés étran- « gères, soit mobilières, soit immobilières »(Civ., 23 janvier 1849, *J. E.* 14659, *Inst.*, 1837, § 2, S. 49, 1, 93) (1).

Cette doctrine, admise par le législateur révolutionnaire, avait encore l'avantage d'être conforme aux principes sainement entendus du droit international, en fixant la situation des biens incorporels au domicile du débiteur ou au siège de la société. C'est d'ordinaire, en effet, devant le tribunal du domicile du débiteur, que le créancier poursuivra le recouvrement de sa créance conformément à la règle « *actor sequitur forum rei* », devant le tribunal de l'arrondissement dans lequel la société a son siège légal que l'associé fera liquider son intérêt ou son action. N'est-il pas juste, dès lors, que l'État qui accorde le plus de protection au titulaire du droit incorporel, qui seul peut en assurer l'efficacité, soit aussi celui qui perçoive à son profit l'impôt de mutation par décès, impôt qui est en définitive le prix de la protection accordée par la loi au bien transmis par voie successorale ?

Ces principes, pourtant si rigoureusement exacts, ont été vite méconnus. Le législateur français a été frappé de cette idée que si les valeurs incorporelles dues par un étranger à un débiteur français ont leur assiette hors du territoire, par cela même qu'elles s'attachent à la personne d'un créancier domicilié en France, elles empruntent aussi la protection de la loi française, et comme la fortune mobilière se développait avec rapidité, il a trouvé là

---

(1) Voir également Cass., 21 avril 1828, *J. E.* 9035 ; 3 avril 1844, *J. E.* 13485 ; 31 mai 1848, *J. E.* 14523, *Inst.* 1825, § 8 ; 2 juillet 1849, *J. E.* 14761, *Inst.* 1844, § 6.

une source nouvelle et considérable d'impôts à appliquer. De là les lois de 1850, de 1863 et de 1871 (1).

C'est d'abord les fonds d'États étrangers et les actions des Sociétés dont le siège social est en dehors du territoire qu'il a atteints. Ces sortes de valeurs ont une assiette moins fixe encore que les autres droits incorporels, car elles se négocient d'ordinaire à la Bourse, et elles se réalisent ainsi sans la protection de la souveraineté étrangère qui les a émises ou sous le contrôle de laquelle la Société s'est constituée. En les assujettissant au droit, le législateur n'a pas cru cependant déroger d'une manière flagrante au principe de la territorialité de l'impôt ; nous en trouvons la preuve dans ce passage du rapport fait par le Ministre des finances sur le projet de loi : « S'il est de principe que l'impôt ne « doit pas atteindre les biens situés à l'étranger, ce principe ne « peut s'appliquer à des valeurs qui peuvent se réaliser en France « sans le secours d'aucun acte fait à l'étranger. De semblables « valeurs appartiennent à tous les pays ; elles ne doivent pas jouir « d'un privilège dont les valeurs françaises de même nature ne « jouissent pas. Ce serait une prime accordée par la loi française « aux valeurs étrangères » (2).

L'extension a été faite par l'article 7 de la loi du 18 mai 1850, qui soumet à l'impôt « les mutations par décès de fonds publics et « d'actions des Compagnies ou Sociétés d'industrie et de finances « étrangers, dépendant d'une succession régie par la loi française, « et des transmissions entre vifs à titre gratuit de ces mêmes « valeurs au profit d'un Français ».

La loi du 28 mai 1863, portant fixation du budget de l'exercice 1864, est rendue dans le même ordre d'idées ; elle porte dans son article 11 ce qui suit : « Les dispositions de l'article 7 de la loi « du 18 mai 1850 sont applicables aux obligations des Compagnies « ou Sociétés d'industrie et de finances étrangères. »

---

(1) Antérieurement à la loi de 1850, on avait déjà essayé de soumettre à l'impôt les valeurs mobilières étrangères. Un projet avait été déposé en ce sens par le ministre des finances à l'Assemblée constituante de 1848.

(2) *Moniteur* du 13 août 1840, p. 2709.

Après les désastres de 1870, le législateur ayant besoin de ressources nouvelles et considérables, a encore agrandi le champ de la matière imposable et étendu à toutes les valeurs mobilières le principe posé dans les lois de 1850 et de 1863.

Les articles 3 et 4 de la nouvelle loi sont ainsi conçus :

« Art. 3. — Les dispositions de l'article 7 de la loi du 18 mai « 1850, concernant les valeurs mobilières étrangères dépendant « des successions régies par la loi française et les transmissions « entre vifs à titre gratuit de ces valeurs au profit d'un Français, « sont étendues aux créances, parts d'intérêts, obligations des « villes, établissements publics et généralement à toutes les va- « leurs mobilières étrangères, de quelque nature qu'elles soient. »

« Art. 4. — Sont assujettis aux droits de mutations par décès « les fonds publics, actions, obligations, parts d'intérêt, créances « et généralement toutes les valeurs mobilières étrangères de « quelque nature qu'elles soient dépendant de la succession d'un « étranger domicilié en France avec ou sans autorisation. Il en « sera de même des transmissions à titre gratuit ou à titre oné- « reux de ces mêmes valeurs lorsqu'elles s'opèreront en France. »

Les textes ne laissent aucun doute en ce qui concerne les valeurs incorporelles, qui toutes sont désormais assujetties à l'impôt. Mais que faut-il décider à l'égard des meubles corporels ? Cette catégorie de biens tombe-t-elle également sous l'application de la loi nouvelle ?

C'est là l'une des questions les plus délicates qu'ait soulevées l'interprétation de la loi de 1871, et si elle est actuellement tranchée en jurisprudence, elle fait encore en doctrine l'objet de graves controverses.

L'administration l'avait d'abord résolue dans le sens de l'affirmative. (Sol. du 19 juin 1875, *J. E.*, n° 19,829.)

Elle invoquait à l'appui de sa thèse les arguments suivants :

Ni l'article 3 de la loi, ni les travaux préparatoires ne font de distinction ; d'après le texte exprès de la loi nouvelle, les dispositions de la loi du 18 mai 1850 « sont étendues... à toutes les « valeurs mobilières étrangères *de quelque nature qu'elles*

« *soient.* » Ces termes étant généraux et absolus doivent comprendre tout ce qui, d'après le Code civil, n'a pas le caractère d'immeubles ; car c'est un principe universellement reconnu que l'interprétation des lois fiscales doit toujours être maintenue dans la rigueur des termes de ces lois, quelle que soit d'ailleurs la sévérité du résultat.

On ne saurait, disait-elle, tirer argument de ce que le législateur, quand il s'occupe de la distinction des biens, n'emploie pas le mot de *valeurs,* mais celui de *biens* (art. 516 et suivants C. civ.), pour prétendre que les mots « *valeurs mobilières* », qui se trouvent dans la loi de 1871, ne s'appliquent qu'aux droits mobiliers incorporels, car en droit fiscal les deux termes sont synonymes. C'est ainsi que l'article 4 de la loi de l'an VII indique que le droit proportionnel est assis sur les *valeurs*, et les articles 14 et 15, que ces *valeurs* s'appliquent à la propriété, à l'usufruit et à la jouissance des biens meubles et immeubles, et c'est encore la même idée que l'on retrouve dans l'article 16 de la loi qui donne le moyen de suppléer au défaut de détermination des sommes et *valeurs*. Dans tous ces textes, la qualification de *valeurs* s'applique aux biens de toute catégorie, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels.

Enfin, l'administration prétendait trouver un dernier argument en faveur de sa thèse dans la comparaison des deux alinéas qui forment l'article 4 de la loi.

Après avoir indiqué qu'il assujettit aux droits de mutation par décès les fonds publics, actions et obligations, etc., et généralement toutes les valeurs mobilières étrangères, le texte ajoute : « Il en sera de même des transmissions entre vifs à titre gratuit « ou à titre onéreux de ces mêmes valeurs lorsqu'elles s'opèreront « en France. » Le législateur applique donc aux mutations entre vifs à titre gratuit et aux mutations par décès, les mêmes principes. Or, quelles sont ces valeurs mobilières étrangères que la seconde partie de l'article assujettit au droit proportionnel des mutations entre vifs à titre gratuit ? Ce sont tous les biens meubles, même les meubles corporels. Le but du législateur, en édictant

le § 2 de l'article 4 de la loi de 1871, a été en effet de limiter en matière de mutations entre vifs l'exemption d'impôts, édictée autrefois par la loi du 16 juin 1824, aux seuls biens immeubles. Le rapport de la commission du budget en fait foi, et le législateur a d'ailleurs pris soin d'introduire dans la loi du 28 février 1872, une disposition qui lève tous les doutes qui pourraient subsister. En abrogeant, en effet, d'une manière expresse l'article 4 de la loi du 16 juin 1824, qui avait été le prétexte des exemptions accordées par la jurisprudence, et en soumettant seulement au droit gradué les actes de transmissions immobilières entre vifs (art. 1 § 2), il a rendu à la législation antérieure à la loi de 1824 toute sa force. Or, l'on sait que d'après la loi de l'an VII, combinée avec l'article 58 de la loi du 28 avril 1816, les mutations de tous les biens meubles à l'étranger étaient assujetties aux mêmes droits que les mutations de biens meubles français, quand ils étaient constatés par des actes enregistrés en France (1).

Cette argumentation est des plus sérieuses, on en saurait disconvenir, et elle a séduit d'éminents esprits (2). Pourtant les déductions, auxquelles elle aboutit, n'ont pas été admises par la Cour de cassation qui a décidé, dans un arrêt du 28 janvier 1880, que la loi du 23 août 1871 n'atteint pas les meubles corporels.

Cet arrêt est motivé en ces termes :

« Attendu que l'article 3 de la loi du 23 août 1871 a eu pour « objet de compléter les dispositions des articles 7 de la loi du « 18 mai 1850 et 11 de celle du 13 mai 1863 par lesquelles ont « été soumises à l'impôt les mutations par décès de fonds publics, « d'actions et d'obligations des compagnies ou sociétés d'industrie « et de finances étrangères dépendant d'une succession régie par « la loi française et les transmissions entre-vifs à titre gratuit de

---

(1) Voir notre Introduction, § 2.

(2) Naquet, *Dissertation sur la territorialité de l'impôt*, R. P. 5421, et *Traité d'enreg.*, n° 59, Garnier, *Rep. gén.* n° 8236, éd. 1874.

« ces mêmes valeurs au profit d'un Français ; que dans cette vue,
« l'article 3 de la loi de 1871, dans une énumération complémen-
« taire, vise nominativement pour en soumettre également les
« mutations et transmissions à l'impôt, les créances, parts d'intérêt,
« obligations des villes, établissements publics ; que cette énumé-
« ration, de même que celle des lois de 1850 et 1863, compre-
« nant uniquement des valeurs incorporelles, les seules qui, à
« raison de leur importance et de leur circulation sur le marché
« français, ont, à la date de ces diverses lois, appelé l'attention
« du législateur et provoqué son intervention, il y a lieu d'induire
« que, dans la formule générale qui la termine, le législateur a eu
« en vue les valeurs de même nature que celles qui sont visées,
« c'est-à-dire toutes valeurs mobilières incorporelles qui auraient
« été omises dans l'énumération ou qui pourraient être créées,
« et que rien n'indique que dérogeant au principe du statut réel
« de l'impôt, il ait entendu atteindre les autres biens meubles et
« notamment les meubles meublants ayant une situation ma-
« térielle à l'étranger ; qu'en le décidant ainsi, le jugement atta-
« qué, etc... »

La doctrine admise par la Cour nous semble fondée.

En effet, si les lois de 1850 et de 1863 n'ont pas respecté d'une manière complète la règle que l'impôt fait partie du statut réel, il faut bien reconnaître pourtant que le législateur n'a pas avoué cette atteinte au principe. Les lois de 1850 et de 1863 assujettissent à l'impôt les fonds d'Etats étrangers, ainsi que les actions et obligations des sociétés étrangères, et la loi de 1871, allant plus loin dans la même voie, l'étend à toutes les valeurs mobilières étrangères possédées par un individu domicilié en France. Mais le législateur explique toujours l'extension, qu'il donne à la matière imposable, par cette raison que les valeurs mobilières, n'ayant pas par elles-mêmes d'assiette déterminée, peuvent être considérées, pour la perception des taxes, comme faisant partie du patrimoine de leur propriétaire à l'endroit où celui-ci se trouve.

Ces raisons ne sont pas applicables aux meubles meublants envisagés dans leur individualité. Car les biens de cette catégorie,

quoique transportables d'un lieu dans un autre, n'en ont pas moins à chaque instant une assiette déterminée.

Les arguments que produisait l'administration n'étaient d'ailleurs pas concluants.

Et d'abord, l'on ne voit pas nettement, que dans la loi fiscale, lorsqu'il s'agit de l'établissement de règles différentes pour les biens meubles et les biens immeubles, le législateur ait employé quelque part l'expression de *valeurs mobilières,* comme correspondant à celle de biens meubles en général. Chaque fois qu'il veut distinguer les meubles des immeubles, il emploie au contraire l'expression de biens mobiliers et immobiliers, meubles et immeubles (art. 3, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 22, etc.) Dans le langage ordinaire des affaires, le mot de valeurs mobilières s'entend aussi uniquement des valeurs incorporelles. C'est là, l'une de ces expressions contemporaines nées du progrès de la richesse mobilière, qui désigne, dans le langage des hommes d'affaires et de la Bourse, les titres négociables sur les marchés publics, et par extension tous les biens meubles par détermination de la loi. Lui donner un autre sens, c'est méconnaître, sans raison suffisante, une acception universellement reconnue.

Il faut bien avouer, tout au moins, que la pensée du législateur n'est pas suffisamment explicite. Dès lors, c'est une interprétation favorable au contribuable qui doit prévaloir, non, sans doute, en vertu de la maxime : « *odiosa sunt restringenda* », car il n'y a rien d'odieux à ce que le fisc se fasse payer tout ce qui peut lui être dû, mais en vertu de ce principe de droit civil que les exceptions sont de droit étroit, et de cet autre principe de droit public qu'un impôt ne peut être exigé que quand il est nettement établi.

Enfin, on ne peut invoquer pour la solution des difficultés de perception, auxquelles donne lieu l'application de l'impôt de mutation par décès aux biens mobiliers étrangers, les textes législatifs qui déterminent la règle à suivre, quand il s'agit d'actes de transmission entre vifs de ces mêmes valeurs. Comme nous l'avons démontré déjà, et comme l'administration elle-même le recon-

naît, le fondement de l'impôt en matière de droits de succession réside dans la mutation, et il est nécessaire, pour que la taxe puisse être perçue en France, que le bien transmis y ait sa situation. Quand il s'agit de transmissions de bien meubles entre vifs, le fondement de l'impôt est essentiellement différent ; ici, le droit proportionnel est dû par cela seul que les actes sont soumis à la formalité en France, quelle que soit, d'ailleurs, la situation des biens transmis. Les dispositions légales qui affranchissent du droit proportionnel les actes de mutation entre vifs de meubles, à raison de leur extranéité, ont donc le caractère d'exceptions ; et dès lors elles doivent être renfermées strictement dans les termes des lois qui les ont admises, tandis que c'est le principe contraire qui domine en matière de droit de succession. Il n'y a, par conséquent, rien d'étonnant à ce que l'on donne dans un cas au § 2 de l'article 4 de la loi de 1871 une portée absolument générale, tandis que dans l'autre on le restreigne à ce qu'il a explicitement prévu.

Dans le système des lois de 1850, de 1863 et de 1871, l'exigibilité de l'impôt est subordonnée à la question de savoir si la succession est régie par la loi française.

Que faut-il entendre par ces mots « régie par la loi française ? »

Ici quelques difficultés existent encore, qui ne peuvent être résolues que par l'examen des diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

1° *Français décédé en France, ou à l'étranger, mais domicilié en France.*— C'est la loi française qui règle la dévolution par voie successorale des biens mobiliers et c'est encore d'après cette même loi que doivent être faits tous les actes de procédure relatifs à l'ouverture de la succession. Il ne peut donc y avoir doute : l'impôt sera dû sur tous les biens mobiliers incorporels, quelle que soit leur situation, qui dépendront de la succession. Les meubles corporels et les immeubles qui auront leur situation à l'étranger, seront seuls exempts de l'impôt en France.

2° *Etranger domicilié en France.* — Toutes les valeurs

étrangères qui dépendent de la succession d'un étranger domicilié en France avec ou sans autorisation, doivent l'impôt en France. Ainsi le veut l'article 4 de la loi du 23 août 1871, dont le but a été de soustraire l'exigibilité de l'impôt aux controverses relatives à la dévolution en droit civil de la succession mobilière et à l'acquisition par l'étranger d'un domicile légal en France (1).

Toutefois, comme l'indique le rapport de la commission du budget (2), il faut. pour qu'il en soit ainsi, que l'étranger ait en France un établissement ou une résidence qui pour un Français constituerait un véritable domicile dans le sens légal du mot. S'il s'agissait d'un étranger voyageant accidentellement en France ou n'y ayant qu'une résidence passagère, sa succession ne serait pas régie par les mêmes règles (3).

La jurisprudence déduisant les conséquences des principes qui viennent d'être posés, a décidé que le droit de mutation par décès était exigible :

1° Sur des valeurs incorporelles étrangères appartenant à un Belge qui est décédé en France, et qui a dans ce dernier pays un domicile de fait caractérisé par une résidence habituelle, et cela alors même, que, d'après sa loi nationale, il aurait conservé un domicile légal dans son pays d'origine (Versailles, 26 février 1878, *Rép. pér.*, 5173).

2° Sur le capital assuré au moyen d'une police souscrite à une C^ie^ étrangère par un Anglais domicilié de fait en France au profit de sa veuve, ou à son défaut au profit de ses enfants (Seine, 7 février 1879, *Rép. pér.*, 5335).

3° Sur les fonds d'Etats étrangers légués à des étrangers par une

---

(1) Voir également exposé des motifs (*Rép. Pér.* 3266).

(2) *Rép. Pér., loc. cit.*

(3) On a essayé de trouver dans la loi de 1871 un argument nouveau en faveur des systèmes qui font régir en droit civil la dévolution de la succession par la loi du domicile du défunt. Mais cet argument ne nous paraît pas concluant, car les lois d'impôt sont des lois d'exception qui ne peuvent être invoquées en droit commun.

personne de nationalité étrangère ayant en France un domicile de fait (Nice, 11 février 1879, *Rép. pér.*, 5377).

4° Enfin aux valeurs mobilières étrangères dépendant de la succession d'une Française mariée à un Italien, qui avait son domicile à l'étranger, parce qu'elle avait en France une résidence constante qui y formait son principal établissement (Nice, 9 juillet 1883, *Rép. pér.*, 6263).

3° *Français domicilié à l'étranger.* — Nous avons admis dans la 2e partie de ce travail avec une jurisprudence constante, qu'un Français pouvait acquérir un domicile à l'étranger dans le sens légal du mot. Quelle sera la conséquence de l'acquisition de ce domicile ? Son existence aura-t-elle pour effet de soustraire à la loi fiscale française les valeurs mobilières étrangères qui dépendent de la succession du Français ainsi domicilié à l'étranger ?

D'après un auteur (1), il faudrait décider que la succession du Français, s'ouvrant en cette hypothèse à l'étranger, est régie par la loi étrangère ; d'où il suit qu'elle échapperait, à la fois, aux dispositions de la loi de l'an VII et à celles des articles 3 et 4 de la loi du 23 août 1871.

Il fonde sa thèse : 1° sur les mots : « succession régie par la loi française », qui lui paraissent s'entendre de la loi qui règle les formalités de procédure ; 2° sur ce principe qu'en droit civil, la dévolution de la succession s'opère d'après la loi du domicile qui est en l'espèce la loi étrangère.

« Il ne faut pas, dit-il, sous peine de s'égarer, sortir de l'hypo-
« thèse dans laquelle la loi est placée. Elle suppose une succes-
« sion composée de valeurs mobilières étrangères. Qu'il y ait aussi
« dans l'hérédité des valeurs françaises, la loi ne s'en préoccupe pas,
« et il est impossible, du reste, que cette circonstance ait quelque
« influence sur le sort qui sera fait aux valeurs étrangères. Or,
« une succession composée de valeurs mobilières étrangères, est

(1) *J. D. I. P.*, année 1876, page 257.

« bien régie par la loi française si elle s'ouvre en France ; mais « elle est incontestablement et sous tous les rapports régie par la « loi étrangère, si elle s'ouvre sur le sol étranger. Car, d'une « part, c'est au domicile du défunt que devront être faits tous les « actes pour ou contre la succession ; c'est à l'autorité des magis- « trats étrangers, et aux formalités de procédure organisées par « la loi étrangère qu'il faudra avoir recours ; d'autre part, la loi « de succession appartenant au statut réel, c'est cette même loi « étrangère qui réglera la dévolution des biens, et l'ordre suivant « lequel les héritiers seront appelés à recueillir les valeurs étran- « gères laissées par le défunt.

« Lorsqu'un étranger ou un Français décède en France, lais- « sant dans sa succession des valeurs étrangères, l'exigibilité du « droit de mutation sur ces dernières valeurs se justifie par cette « unique considération, que toutes les formalités, qui sont desti- « nées à consommer et à régler la transmission au profit des héritiers « ou des légataires et qui s'accomplissent au lieu du domicile, ont « lieu sous la protection de la loi française et sous l'autorité de nos « magistrats. Les héritiers recueillent donc jusqu'à un certain « point le bénéfice de notre législation ; il est juste qu'ils payent « au Trésor le même tribut que s'ils recueillaient une succession « composée de valeurs françaises.

« Mais la même considération n'existe plus, lorsque la succes- « sion s'ouvre à l'étranger. Tout se passe à l'égard des valeurs « étrangères en dehors de la loi française. Rien ne justifierait la « perception d'un impôt sur des valeurs qui ne peuvent en aucune « façon profiter des bienfaits de notre législation. »

D'une part, nous avons démontré par avance la fausseté, en théorie, de cette interprétation, en établissant qu'en droit civil la dévolution de la succession mobilière était régie par la loi nationale du défunt. D'autre part, la loi fiscale, en parlant de succession régie par la loi française, ne peut avoir eu en vue les formalités de procédure. Ces formalités ont, en effet, pour but de sauvegarder l'intérêt général plutôt que l'intérêt particulier, et on ne conçoit pas que l'impôt de mutation par décès, qui est proportionnel et

souvent très élevé, soit le prix de la faible protection dont sont entourés des héritiers qui empruntent les formes de procéder de la loi française, surtout quand chacun des actes de cette procédure est lui-même assujetti à un tarif particulier par le législateur fiscal. Étant admis que la loi nationale du défunt règle la dévolution de ses biens, les valeurs mobilières étrangères qui appartiennent à un Français domicilié à l'étranger, se transmettent évidemment, dans le système de la loi de 1871, sous la protection de la loi française. Cette protection accordée à la transmission du bien étant précisément le fondement de l'impôt de mutation, le droit doit être exigé dans l'espèce.

Qu'on ne raisonne pas par analogie ; qu'on ne dise pas que l'impôt étant dû en France quand il s'agit d'une succession simplement ouverte dans ce pays, l'impôt ne peut jamais être réclamé par réciprocité, quand la succession s'est ouverte à l'étranger. Car l'analogie n'est qu'apparente. La disposition de la loi du 23 août 1871, qui assujettit à l'impôt en France les valeurs mobilières étrangères dépendant de la succession d'un étranger qui n'a en France qu'un domicile de fait, est excessive comme la plupart des autres dispositions de cette loi ; elle est conçue sous l'empire de préoccupations absolument budgétaires, et elle déroge aux vrais principes qui régissent l'établissement des taxes. Il ne faut donc pas lui donner une portée doctrinale, qu'elle n'a certainement pas eue dans l'esprit du législateur, malgré tout le soin qu'il a pris de fonder en théorie son système (1).

Reconnaissons, toutefois, que la pratique est absolument fixée dans le sens contraire. La jurisprudence, d'accord ici avec l'opinion, qu'elle admet en matière de dévolution successorale, pense que le domicile prévaut sur la nationalité et qu'il suffit que le défunt ait acquis un domicile légal en pays étranger (2), pour

---

(1) Voir dans le même sens Garnier, *Rép. Gén.*, n° 8234 ; *contrà*, *Dissert. J. N.*, n° 2150.

(2) Voir les arrêts cités dans la partie de notre étude traitant de la succession, notamment deux arrêts de la Cour de cassation des 21 juin 1865 et 27 avril 1868, S., 65, 1, 313, et 68, 1, 257.

qu'on doive refuser d'appliquer aux valeurs mobilières qui en dépendent les dispositions des art. 7 de la loi du 18 mai 1850, et 3 de la loi du 23 août 1871.

Nous pouvons citer comme résolvant la question dans ce dernier sens, deux jugements rendus par les tribunaux de Saint-Julien et de la Seine à la date des 26 mai 1879 et 25 juin 1880 (1), et une décision du ministre des finances du 27 juin 1878 (2).

4° *Étranger décédé à l'étranger.* — Quand l'étranger n'a aucun domicile en France, ni de fait, ni de droit, les lois de 1850, de 1863 et de 1871 sont sans application à sa succession. Les valeurs françaises seules restent assujetties à l'impôt en France d'après la loi du 22 frimaire an VII.

Nous avons indiqué dans nos précédentes explications ce qu'il fallait entendre par biens français (voir page 81 et sq.). Il ne nous reste plus qu'à énumérer les principales décisions judiciaires ou administratives intervenues en cette matière.

Le droit de mutation par décès a été reconnu exigible :

1° Sur les meubles meublants possédés en France par un étran-

---

(1) *Rép. pér.*, 5302, 5717.

(2) M. Garnier, qui a fini par admettre la doctrine résultant de cette jurisprudence (*Rép. pér.*, 5302), pense qu'il ne suffirait pas d'une simple résidence, ni même d'un simple domicile de fait à l'étranger pour que les valeurs mobilières étrangères puissent échapper à l'impôt en France. Contrairement à cette opinion, le jugement précité du tribunal de la Seine du 25 juin 1880 décide que la succession d'un Français s'ouvre en Belgique lorsque le défunt y a établi son domicile, et cela, alors même qu'il n'est pas justifié de l'autorisation du Gouvernement belge, conformément à l'article 13 du Code civil. — A notre avis, il y a là une question de fait que l'on ne saurait résoudre que d'après l'examen des circonstances et de la législation étrangère relative à l'acquisition du domicile. Le tribunal de la Seine a bien jugé, selon nous (en supposant, bien entendu, que l'on admette le point de départ de la doctrine de la jurisprudence), en décidant qu'en Belgique, l'accomplissement des formalités imposées en France par l'article 13 du Code civil, n'était pas nécessaire pour conférer au Français un véritable domicile légal. Car, la Cour de cassation belge fait résulter uniquement, malgré l'article 13 du Code civil, l'acquisition du domicile des circonstances de fait et de l'intention, abstraction faite de l'autorisation.

ger décédé dans son pays d'origine, ou décédé accidentellement en France (*D. M. F.*, 17 février 1834 ; *J. E.*, n° 10847 ; *Inst.*, 1458, § 6) ;

2° Sur le fonds de commerce exploité en France par un étranger qui n'y a qu'une résidence passagère (7 mars 1849, *J. E.*, n° 14699) ;

3° Sur des créances résultant de titres souscrits en France par des Français et hypothéquées sur des immeubles français, alors qu'il s'agissait de la succession d'un étranger, domicilié et décédé à l'étranger (Sol., 14 août 1827, *Inst.* 1229, § 4 ; — Cass., 29 août 1837, *J. E.* 11880, S., 37, I, 762, *Inst.* 1562, § 18 ; — Oloron, 20 mai 1843, *J. E.* 13315, § 4 ; Aurillac, 31 décembre 1850, *J. E.* 15123) ;

4° Sur des créances dues par des Français domiciliés en France à un étranger domicilié et décédé dans son pays d'origine, alors même que la résidence effective du débiteur français était à l'étranger (Cass., 21 décembre 1813, *Inst.*, 1166, § 7 ; — 27 juillet 1819, *J. E.*, n° 6543, S., 19, 1, 495) ;

5° Sur des créances dues et cautionnées par des Français, mais hypothéquées sur des biens étrangers ou gagées par des valeurs étrangères, alors que le titre constitutif a été passé en France, que les parties y ont fait élection de domicile et se sont soumises à la juridiction des tribunaux français (Req., 20 janvier 1858, *J. E.*, n° 16692, *Rép. pér.*, 981, *Inst.* 2118, § 5, S. 58, 1, 309 ; — Brive, 25 août 1848, *J. E.* 14585 ; - Valenciennes, 9 août 1860, *J. E.*, 17201, *Rép. Pér.*, 1373) ;

6° Sur les actions des sociétés françaises possédées par des étrangers qui n'avaient en France qu'une résidence temporaire (D. M. F., 17 février 1834, précitée) et les titres de fonds d'État français.

7° Sur les traites souscrites à l'étranger par des étrangers, mais tirées sur des Français alors même que les tirés n'auraient pas accepté (Cass., 29 nov. 1858, *J. E.* 16877, *Rép. Pér.*, 1125, *Inst.* 2142, § 7, S. 59, 1, 263). Ces traites ont, en effet, pour objet de faire acquérir à celui au profit duquel elles ont été souscrites des

créances sur un débiteur français, et elles sont payables en France, toutes circonstances qui établissent que la créance dont il s'agit est une valeur française.

8° Sur des sommes appartenant à une succession ouverte en pays étranger, et dues en compte courant par une maison de banque établie en France, encore que cette maison ne soit qu'une succursale d'une maison de banque étrangère (Seine, 31 janvier 1863, *J. E.*, n° 17652 (1).

De tout ce qui précède, il résulte que l'impôt de mutation par décès, en France, repose actuellement sur un double fondement; en vertu de la règle que l'impôt fait partie du statut réel, le législateur atteint les transmissions de tous les biens mobiliers ou immobiliers ayant une assiette réelle ou fictive en France, quels que soient d'ailleurs la nationalité et le domicile du défunt. Il frappe également l'ensemble des valeurs incorporelles étrangères qui n'ont pas de situation absolue et qui sont inhérentes à la personne du créancier français ou domicilié en France, parce que ces valeurs font partie d'un patrimoine que protège la loi française, et qu'il est équitable que le créancier supporte dans les charges de l'Etat, comme prix de cette protection, une part proportionnelle à sa fortune.

La loi française n'exempte donc en définitive de l'impôt, que les valeurs suivantes :

1° Les meubles corporels et les immeubles qui ont à l'étranger leur situation réelle ;

2° Les valeurs incorporelles étrangères de toute nature, qui dépendent de la succession d'un étranger non domicilié de fait ou de droit en France.

Ce système présente un grave défaut d'équité; car il aboutit,

---

(1) En l'espèce, le débiteur était étranger ; mais la réclamation de l'impôt se justifiait par cette considération que les fonds étant exigibles à Paris, et la maison ayant une existence légale reconnue en France, la transmission avait eu lieu sous la protection de la loi française, et que la créance pouvait ainsi être considérée comme y ayant son assiette légale.

dans certains cas, à faire payer deux fois l'impôt, une fois au Trésor français pour prix de la protection assurée au titulaire du droit par la loi française, et une autre fois au fisc étranger en raison du mouvement et de la transmission de valeurs qui se sont opérés en dehors du territoire, ou *vice versâ*.

Il est, en outre, illogique. Il est étrange, en effet, qu'un législateur, parce que les créances n'ont nulle part de situation matérielle, veuille qu'elles soient censées se trouver en France au domicile du débiteur français, lorsqu'il juge à propos de faire payer l'impôt aux créanciers de nationalité étrangère ; et qu'il veuille encore que ces mêmes créances, quand elles sont dues par un débiteur étranger, aient leur situation au domicile du créancier domicilié en France, lorsqu'il s'agit d'atteindre ce créancier dans sa fortune située hors de France. Il fallait ou adopter exclusivement le principe que les créances sont réputées situées au domicile du débiteur, comme l'a fait l'article 1247 du Code civil, ou admettre, en tout état de cause, cet adage du droit romain et de l'ancien droit que les meubles sont inhérents à la personne : *mobilia ossibus inherent*. Le premier principe est le plus juridique et il mérite la préférence ; mais vouloir cumuler l'application des deux, c'est là une évidente exagération et une flagrante iniquité.

D'ailleurs, le système des lois de 1850, de 1863 et de 1871, repose sur des considérations qui sont loin d'être décisives. On prétend, que quand le créancier est domicilié en France, sa fortune, qu'elle soit composée de valeurs françaises ou de valeurs incorporelles étrangères, est garantie et conservée par la loi française, et que cette protection entraîne pour celui qui en est l'objet, l'obligation de contribuer aux charges communes proportionnellement à l'importance de son patrimoine. Cette considération aurait quelque fondement si le législateur n'avait pris soin de soumettre d'autre part les valeurs étrangères à un impôt spécial, chaque fois qu'il peut leur accorder quelque protection. Mais il frappe d'un droit de timbre proportionnel, de l'impôt de transmission, et de la taxe sur le revenu, les sociétés et autres institutions étrangères

dont les titres circulent en France ou qui ont pour objet des biens situés en France (Loi du 23 juin 1857, art. 9 ; loi du 30 mars 1872, art. 2) ; il prohibe encore d'une manière générale toute négociation, toute exposition en vente d'actions ou d'obligations de sociétés étrangères, de titres de fonds d'Etat étranger avant le paiement d'un droit de timbre proportionnel (Loi du 30 mars 1872) ; enfin, il interdit tout usage en justice ou devant une autorité constituée d'un titre de créance étranger avant son assujettissement au timbre et à l'enregistrement (Loi du 13 brumaire an VII, art. 15 ; loi du 22 frimaire an VII, art. 23 ; loi du 18 avril 1816, art. 58). Il ne peut donc frapper du droit de mutation par décès des valeurs dont la transmission s'opère à l'étranger, et sous la garantie de la loi étrangère. L'impôt de succession est, en effet, uniquement le prix de la protection que l'Etat assure au libre exercice du droit de propriété des citoyens et à la transmission des droits héréditaires. Et cette garantie spéciale, ce n'est pas la loi française qui peut la donner en l'espèce, car si le débiteur étranger manque à ses engagements ou refuse de reconnaître le titre de l'héritier, c'est évidemment à la loi étrangère qu'il faudra recourir ; la loi française sera la plupart du temps impuissante, soit parce que les tribunaux français seront incompétents, soit parce que le gage, et, par suite, les voies d'exécution lui échapperont (1).

CHAPITRE II

Effets du partage.

Le droit de mutation par décès se perçoit d'après les déclarations faites par les redevables dans un délai déterminé, à compter

(1) On a essayé pourtant de justifier théoriquement le système des lois de 1850, de 1863 et de 1871. On peut voir à ce sujet un article inséré sous le numéro 3427 du *Rép. périodique* de Garnier.

du jour du décès. Mais le mode de liquidation des droits est différent, selon qu'il existe ou non un partage au moment de chaque déclaration. S'il n'existe pas de partage, le droit de mutation se liquide, d'après la saisine légale et le degré de parenté, sur la part en nature des meubles et des immeubles revenant à chaque héritier (C. civ., art. 826). S'il existe un partage, ce partage sert de base à la liquidation des droits, par application de l'article 883 du Code civil, suivant lequel le partage rétroagit au jour même du décès et détermine, comme la saisine, la portion revenant à chaque cohéritier. Mais, en droit fiscal, pour que la fiction de l'article 883 se substitue à la saisine légale, il faut que le partage soit pur et simple, c'est-à-dire contienne une égale répartition de biens. Ce n'est pas ici, en effet, comme en droit civil, où le législateur qui n'a pas reculé devant une solution extrême, dispose que le copartageant qui reçoit dans son lot, à charge de soulte, des biens au-delà de sa part héréditaire, est censé avoir recueilli, en qualité de copartageant, tous les biens mis dans son lot, y compris ceux dont il s'est rendu acquéreur. D'après l'art. 69 § 5, n° 7, et 7, n° 5 de la loi de l'an VII, qui consacre, en cette matière, les errements des anciens feudistes (1), le partage n'a plus d'effet déclaratif quand il y a soulte ou retour de lot. Au point de vue du fisc, le cohéritier cessionnaire n'est plus réputé, pour la perception de l'impôt, avoir succédé seul et immédiatement à ce qu'il a acheté de son cohéritier, et, d'un autre côté, le cohéritier cédant n'est plus censé avoir pris dans la succession le montant de la soulte qu'il reçoit de son copartageant à titre de paiement. Ce qu'il a recueilli dans la succession, ce sont les biens qui ont donné lieu au paiement de la soulte et c'est sur ces biens qu'il doit payer d'après son degré de parenté le droit de mutation par décès.

Si une succession comprend, à la fois, des biens français et des biens étrangers, faut-il, à supposer que le partage soit fait sans

---

(1) Bosquet, *Dictionnaire des Domaines*, v° Partage, n° 3.

soulte entre les divers cohéritiers, tenir compte des biens étrangers qui ne supportent pas l'impôt en France, pour fixer, au point de vue de la perception, les parts respectives de chacun des ayants droit? La question présentera de l'intérêt si les copartageants sont inégalement lotis en biens français, car si l'on fait abstraction des biens étrangers, le partage donnera lieu à un droit de soulte, en raison de l'inégalité d'attribution des biens de France, et, comme conséquence, il ne pourra servir à asseoir la perception de l'impôt de mutation par décès.

M. Naquet tient pour l'affirmative (1).

Pour soutenir ce système, on argumente de la manière suivante :

La saisine légale n'est, en droit civil, qu'une fiction, et ses effets doivent disparaître devant le partage qui vient apportionner d'une manière définitive chacun des cohéritiers dans les biens de la succession, puisque d'après l'article 883 du Code civil, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. La loi fiscale s'inspire des principes généraux du droit civil : la loi de l'an VII dispose en effet (art. 69 § 5, n° 7 et 7, n° 5), que si le partage contient une répartition égale des biens de la succession, que s'il assigne à chaque copartageant sa part héréditaire dans telle ou telle espèce de ces biens, le partage est aussi, à l'égard du fisc, purement déclaratif. La loi de l'impôt ne s'écarte de la loi civile que dans un cas : quand il y a soulte ou retour de lots. Dans cette hypothèse seulement, le partage est, à l'égard du fisc, un contrat translatif qui ne peut modifier au point de vue de la perception les effets de la saisine. La loi de l'an VII ne parlant que des soultes, l'exception qu'elle fait ainsi ne saurait s'étendre à l'hypothèse où une succession comprend des biens français et des biens étrangers, et où les cohéritiers, tout en étant également lotis en

---

(1) Naquet, *Dissertation sur la territorialité de l'impôt, Rép. Pér.*, n° 5421 ; *Principes de l'enregistrement*, I, n° 57.

valeurs de la succession, sont cependant inégalement lotis en biens français. Car il y a, en définitive, égalité dans le partage de tous les biens, et cela suffit pour que ce partage puisse conserver son effet déclaratif et doive servir de base à la déclaration de succession (1).

On ajoute que s'il pouvait être contesté avant la loi du 28 février 1872, que la fiction de l'article 883 dût s'étendre aux partages de biens français et de biens étrangers, il n'en est plus, dans tous les cas, de même aujourd'hui, car l'objection principale que l'on faisait contre le système qui vient d'être exposé, c'est qu'on ne peut tenir compte, pour l'application des lois fiscales, de biens étrangers soustraits à l'impôt en France; et. depuis la loi de 1872, les immeubles étrangers, seuls exemptés jusque-là du droit proportionnel, sont assujettis, comme les biens français compris dans le partage, au droit gradué, de sorte qu'il n'est plus exact de dire que la loi française n'en tient aucun compte pour la perception. D'où il suit que, s'ils sont réputés faire partie de la masse à partager, pour la perception du droit gradué, on ne peut en faire abstraction, quand il s'agit de déterminer s'il existe ou non une soulte (2).

La Cour de cassation décide, contrairement à cette opinion, que les biens étrangers non passibles de l'impôt en France ne doivent pas figurer comme éléments dans le partage au point de vue de la perception du droit de soulte, et comme conséquence, qu'un tel partage ne saurait servir de base à la déclaration de succession.

« Attendu, en droit, dit un arrêt solennel du 21 juin 1875, que « si dans une succession composée uniquement de biens situés en

---

(1) Voir également dans ce sens deux jugements, l'un du tribunal de la Seine, du 19 janvier 1867 (*J. E.*, n° 18763), et l'autre du tribunal de Versailles, du 26 juillet 1870 (*J. E.*, 19786).

(2) Cette argumentation a été développée dans un mémoire des parties rapporté sous le numéro 22,377 du *Journal de l'Enregistrement.*

« France, il est de règle que le partage, lorsqu'il est antérieur à « la déclaration de mutation, doit être pris pour base des percep- « tions de l'enregistrement, il n'en est pas ainsi au cas où la « succession comprenant aussi des valeurs étrangères non assujet- « ties à la loi fiscale française et considérées comme non existantes « au regard de la régie, le partage a attribué ces valeurs à l'un « des héritiers dans une proportion supérieure à sa part ; que « dans ce cas particulier, ce n'est pas le partage, mais la dévolu- « tion héréditaire qui doit régler la perception (1). »

Le système admis par la Cour nous paraît fondé. L'origine historique de l'article 883 du Code civil le démontre, à notre avis, de la manière la plus précise.

On sait, qu'en droit romain, le partage était translatif. Les jurisconsultes du droit classique ne pouvaient admettre dans leur inflexible logique que celui, qui cédait à un autre son droit de copropriété sur des biens indivis et recevait pareil droit de la part de celui-ci, fût considéré comme ayant toujours été propriétaire des biens ainsi reçus. Ils sentaient aussi qu'il y avait nécessité de sauvegarder les droits des tiers et l'intérêt public devait l'emporter sur la famille. De là leur système (2).

Le principe écrit dans l'article 883 est né surtout d'un intérêt bursal. Lors de la concession des fiefs ou des censives, le seigneur abandonnait au vassal le domaine utile, en se réservant le domaine direct. Cette réserve avait servi de base aux seigneurs et au roi pour asseoir leur droit à diverses redevances pécuniaires, telles

---

(1) *Inst.* 2531, § 2; — S., 75, 1, 378. On peut citer comme résolvant aussi la question les arrêts qui statuent directement sur l'exigibilité du droit de soulte sur les partages comprenant des biens français et étrangers. Ces arrêts sont les suivants : Cass. civ., 14 nov. 1838, S. 38, 1, 970 ; — Cass. Chambres réunies, 14 nov. 1844, S. 44, I, 838 ; — Civ., 10 févr. 1869, S. 69, 1, 230 ; — 23 juillet 1873, S. 73, 1, 478 ; — Voir également Bourg, 20 avril 1882, *Rép. Pér.* 5981 ; — Avesnes, 1er avril 1882, *Rép. Pér.*, 6103 ; Cass., 11 août 1884, *Rép. Pér.*, 6358.

(2) Voir 77, § 18, D., 31 ; 20, § 2, D., 3, 36 ; 6, § 8, D., 10, 3 ; Code, loi I, *Com. ut. jud.*

que droits de centième denier, de relief de quint, de lods et ventes, lors de chaque transmission du domaine utile entre vifs ou par décès.

Dans ce système, le nouveau créancier payait les droits de centième denier, de relief et de rachat lors du décès de son auteur et il devait encore, au moment du partage, si on reconnaissait à cet acte le caractère translatif, les droits de lods et ventes pour la nouvelle mutation qui s'opérait. Telle était, en effet, la prétention des seigneurs (1).

Mais les légistes firent tous leurs efforts pour mettre en échec le fisc seigneurial. Ils firent d'abord triompher, en matière de mutation par décès, le principe de la saisine héréditaire ; puis, une fois parti de cette idée que l'héritier est saisi de plein droit à la mort du défunt de tous ses droits et actions, ils tentèrent, en leur donnant un effet rétroactif, de soustraire aux droits des lods et ventes, les opérations du partage, sous prétexte qu'elles constituaient des aliénations nécessaires, et qu'elles n'étaient que la conséquence de la saisine.

Le principe finit par prévaloir, mais avec des divergences dans l'application. Pendant que les uns soutenaient qu'il suffisait qu'il y eût titre commun pour que le partage fût déclaratif (2), quelques-uns moins hardis avaient limité la doctrine dans les conséquences auxquelles elle aboutissait, et n'accordaient l'immunité des droits au partage, que si chaque copartageant avait une part égale dans chaque bien commun placé sous la souveraineté du même seigneur (3). C'est cette dernière théorie qu'admit

(1) Voir sur l'origine de l'effet déclaratif du partage les dissertations des auteurs suivants : Championnière, *Revue de législation*, années 1837 et 1838, VII, p. 405, et VIII, p. 151 ; — Aubépin, *Revue critique*, 1860, XVII, p. 536 ; — Valabrègue, *Revue pratique*, 1372, p. 495.

(2) D'Argentré, art. 73 de la *Coutume de Bretagne*, cité par M. Valabrègue (voir note ci-dessus).

(3) Bosquet, *Dictionnaire des Domaines*, v° *Partage*, n° 3. — Pontanus, nous apprend également que si un communiste reçoit en totalité un bien

toujours le fisc, et qu'il fit triompher devant les Parlements (1). Il n'accorda au partage un effet déclaratif au point de vue des droits fiscaux, qu'autant que les copartageants furent lotis, selon leurs droits, de biens de la succession qui avaient déjà subi le droit de centième denier (2).

De ce qui précède, il résulte donc que, dans notre ancien droit, le partage de succession n'était considéré au point de vue fiscal comme ayant son effet déclaratif qu'à une double condition : 1° si les lotissements correspondaient à la saisine héréditaire ; 2° si le droit de centième denier avait été perçu lors du décès.

Tels sont aussi les principes admis par la loi de l'an VII qui a adopté, sans y rien changer, l'ancienne doctrine. Elle n'exempte le partage du droit proportionnel que sous les mêmes conditions que les feudistes. Le motif de cette exemption, c'est qu'elle ne veut pas que la même valeur supporte deux fois l'impôt en France à raison d'une mutation unique. Mais à cela se restreint la faveur qu'elle accorde, et, dès lors qu'il est attribué à l'un des cohéritiers une valeur quelconque qui n'a pas supporté l'impôt de mutation par décès, le partage n'a plus son effet déclaratif, et il ne saurait plus, par conséquent, être pris pour base de la déclaration de succession.

Or, d'une part, le partage de biens français et de biens étrangers n'est plus conforme à la saisine légale si les cohéritiers ne sont pas lotis en valeurs françaises de tous les biens auxquels ils ont droit d'après la loi française. Chaque cohéritier français a droit au partage des biens de France dans une proportion déterminée par la loi successorale, et l'attribution de biens étrangers qui est faite à l'un des cohéritiers pour remplacer les biens français, n'est en quelque sorte qu'une soulte qu'il reçoit d'un cohéri-

---

indivis « *tenetur denuntiare domino et laudimia solvere pro parte aliorum ; hœc divisio enim continet alienationem pro cœterorum partibus* » (art. 22 et 88 de la *Coiume de Blois*, d'après M. Valabrègue).

(1) Arrêt du Parlement de Paris de 1538, cité par M. Valabrègue.

(2) Bosquet, *Dictionnaire des Domaines*, v° *Partage*, n° 3.

tier loti au-delà de sa part virile. Il avait droit aux biens français dans une certaine proportion ; et ce droit que lui donne la loi civile, la loi sur l'enregistrement en exige en quelque sorte l'exercice, en frappant d'un droit proportionnel le lot qui comprend plus de valeurs que le copartageant qui le reçoit n'avait le droit d'en exiger.

D'autre part, nous supposons qu'il s'agit de biens étrangers qui n'ont pas supporté l'impôt de mutation par décès. Dès lors, d'après la doctrine des feudistes, on n'en saurait tenir compte pour la liquidation des droits dus sur le partage. On ne s'explique pas, non plus, comment l'administration serait obligée d'avoir égard pour la liquidation des droits de mutation par décès à des biens étrangers, qui n'en sont pas passibles en France.

On ne saurait, d'ailleurs, argumenter, comme on le fait dans le système contraire, des dispositions de la loi de 1872. Sans doute, cette loi a assujetti au droit gradué les partages des biens étrangers quand ils sont soumis à la formalité en France : elle n'a fait néanmoins aucune innovation. Car, malgré son apparence de proportionnalité, le droit nouveau établi par la loi de 1872 rentre, au point de vue des principes, dans la catégorie des droits fixes (1). Les immeubles situés à l'étranger restent, d'ailleurs, comme avant la loi de 1872, exempts du droit de soulte. Comme c'est à raison de cette exemption que la jurisprudence les considère comme inexistants au regard de la loi française, l'obligation d'en faire abstraction, quand il s'agit de déterminer le droit de soulte ou de liquider l'impôt de mutation par décès, subsiste également.

On trouve encore, dans un arrêt du 14 novembre 1838 (cité plus haut en note), en faveur du système que nous soutenons, cet autre motif, qu'il est de principe que lorsqu'une succession renferme des biens situés en France et d'autres biens situés à

---

(1) Voir *Journal officiel* du 27 février 1872 ; Demante, *Principes de l'enregistrement*, 3e édit., I, n° 25 ; Cass., 22 août 1876, D. P. 76, 1, 470.

l'étranger, on procède comme s'il s'ouvrait autant de successions qu'il y a de biens situés en différents pays. Mais ce motif ne nous paraît pas très concluant. Nous avons déjà indiqué, en effet, qu'il est difficile de prétendre dans les législations, qui tirent leur origine du droit romain, qu'il y a pluralité d'hérédités, alors qu'en réalité il n'existe qu'un seul patrimoine. Cette circonstance que la dévolution s'opère sous l'empire de plusieurs lois, ne suffit pas à motiver une opinion contraire, car, comme le dit fort bien M. Naquet (*loc. cit.*), le fait que les immeubles étrangers seront régis par une autre loi que la loi française, n'empêche pas de considérer l'hérédité comme unique ; il y aura seulement plusieurs éléments de cette hérédité.

Il faut bien remarquer aussi que les valeurs soumises à la loi étrangère, en ce qui concerne la dévolution successorale, ne sont pas exactement les mêmes que celles que la loi fiscale considère comme étrangères au point de vue de la perception. Nous avons démontré, en effet, qu'en droit civil, on rattachait à la personne ou au domicile du créancier les valeurs mobilières pour régler leur dévolution, tandis que pour l'application de l'impôt, on les considérait d'ordinaire comme ayant leur assiette légale au domicile du débiteur. Comme l'argument ne s'appliquerait qu'aux immeubles, il n'a pas une portée doctrinale suffisante.

Nous n'aurons pas non plus grande considération pour un autre argument donné par MM. les rédacteurs du *Dictionnaire de l'Enregistrement*, en matière de partage et applicable également en matière d'impôt de mutation par décès (v° *Partage*, n° 153). D'après ces auteurs, la règle, qui fait écarter du partage, pour la liquidation du droit de soulte, les immeubles situés à l'étranger se rattacherait à la règle d'après laquelle le partage n'est considéré comme déclaratif, c'est-à-dire comme formant un complément de la mutation au point de vue fiscal, qu'autant qu'il est justifié des titres de copropriété des successibles. (Loi du 22 frim. an VII, art. 68, § n° 2, loi du 28 avril 1816, art. 45, n° 3.) Cette justification est nécessaire, dit-on, pour empêcher que les parties ne puissent introduire dans le partage des valeurs

fictives destinées à égaliser les lots, et à éviter ainsi les droits de soulte exigibles. Or, dit-on, s'il fallait tenir compte des biens étrangers pour la perception des droits dus sur le partage, on pourrait impunément violer la règle établie par la loi de l'an VII, puisque l'administration n'a aucun moyen de contrôler les énonciations de l'acte relatives à l'origine de la propriété des biens étrangers, et qu'il serait dès lors toujours loisible de compenser l'inégalité des lots de biens français au moyen de valeurs étrangères qui échappent à l'impôt en France.

On voit facilement qu'un pareil raisonnement n'a rien de décisif, car, si le contrôle de l'administration est plus difficile quand il s'agit de biens étrangers, il n'est pas toujours impossible. C'est ainsi qu'elle peut avoir communication par voie diplomatique d'actes et de documents étrangers. C'est ainsi encore qu'il existe avec certains pays, comme la Belgique (12 août 1843), des conventions permettant aux administrations respectives des deux pays de se communiquer tous les renseignements qui peuvent être utiles pour la perception des droits et la répression de la fraude. Enfin, on peut laisser aux parties le soin de faire elles-mêmes les justifications nécessaires, et ne leur accorder l'exemption du droit de soulte qu'autant qu'elles ont clairement démontré, ce qui pourra toujours se faire, leur droit de copropriété.

Nous avons toujours supposé dans les explications que nous venons de donner qu'il s'agissait de biens étrangers non soumis à l'impôt en France. Notre thèse ne serait plus la même s'il s'agissait de valeurs mobilières étrangères assujetties aux droits de mutation par décès en vertu des lois de 1850, de 1863 et de 1871. Ici, évidemment, le partage devrait être considéré comme déclaratif pour la perception de l'impôt. D'une part, en effet, l'administration exige le droit de mutation par décès sur ces valeurs. D'autre part, la saisine du droit français peut s'appliquer ici, puisqu'on suppose qu'il s'agit d'une succession régie par la loi française. La double condition exigée par le droit féodal et le droit fiscal moderne, pour qu'on puisse considérer le partage

comme exempt d'un nouveau droit de mutation, se trouve ainsi remplie.

CHAPITRE III

Effets du statut matrimonial

La loi de l'an VII assujettit à l'impôt de mutation par décès tout ce qui compose le patrimoine du défunt en France. Il est donc nécessaire de déterminer avec précision les différents éléments de ce patrimoine.

Il est un fait juridique qui exerce la plus grande influence sur la composition de l'actif héréditaire : c'est le mariage. L'union conjugale et la vie commune entraînent, en effet, toujours, sinon une communauté proprement dite, du moins une confusion d'intérêts et de droits. La mort, en dissolvant le lien moral, fait disparaître également cette société de fait ou de droit qui existait entre les époux, et il devient indispensable pour la liquidation de l'impôt, de distinguer les droits respectifs de chacun d'eux.

Le principal élément de la solution des problèmes qui naissent ainsi doit être cherché dans le contrat de mariage exprès ou tacite qui régit l'association conjugale. Mais, ici encore, des conflits de lois analogues à ceux que nous avons déjà tranchés s'élèvent par suite de l'extranéité des personnes et des biens.

La première question, qui se pose, est celle de savoir par quelle loi doivent être régies, aux yeux de la loi française, les conventions matrimoniales ?

De nombreuses doctrines ont été proposées pour trancher ce nouveau conflit. Nous n'avons pas à les étudier en détail ; c'est là l'objet d'ouvrages spéciaux. Pourtant il nous paraît impossible de les passer entièrement sous silence, et de ne pas indiquer, au moins à grands traits, la solution qui doit prévaloir, puisque l'éta-

blissement de la masse imposable, et par suite la liquidation de l'impôt, s'y trouvent intimement liés.

Le conflit existe à deux points de vue :

Il peut y avoir un contrat de mariage écrit : Quelle sera la force de ce contrat ? sera-t-elle limitée au territoire dans lequel les futurs époux l'ont passé, ou s'étendra-t-elle à tous les pays dans lesquels les époux possèdent des biens ?

Il n'y a aucun contrat exprès : Quelle sera la loi applicable ? Sera-ce la loi de la situation des biens, la loi du lieu du contrat, la loi nationale des époux ou celle de leur domicile ?

Déjà dans l'ancienne France les mêmes questions se posaient, et la sagacité des vieux commentateurs trouvait, dans leur solution, une source féconde de discussions.

La théorie qui avait fini par prévaloir dans l'ancien droit, c'est que dans tous les cas, le régime matrimonial dépendait de la volonté des parties. C'était dire que la loi qui régissait les conventions de mariage faisait partie du statut personnel et devait avoir un effet extraterritorial.

Si donc, il avait été fait un contrat de mariage, ce contrat devait s'appliquer dans tous les pays où les époux pouvaient posséder des biens. Il en était ainsi, soit que les époux fussent de même nationalité, soit qu'ils fussent de nationalités différentes. Il n'y avait exception à la règle, que quand le contrat, ou l'une de ses clauses, heurtait l'ordre public local.

Même lorsqu'il n'y avait aucun contrat de mariage exprès, la plupart de nos anciens commentateurs admettaient encore que la volonté des parties devait jouer un rôle prépondérant. On décidait, en effet, que le régime légal n'était pas un régime imposé par la coutume, mais un régime tacitement accepté par les époux, régime qui, dès lors, devait, comme celui qui résultait des conventions expresses, s'appliquer en tous pays.

La plupart des auteurs modernes et la jurisprudence admettent encore aujourd'hui le principe de la personnalité du statut matrimonial ; ils reconnaissent que tous les biens des époux, quelle que soit leur situation, sont régis par le contrat de mariage,

et à défaut de contrat, sont soumis à un régime unique auquel les époux sont censés s'être référés.

Mais lorsqu'il n'y a pas de contrat formel, comment connaître l'intention des parties ?

D'après la jurisprudence, on doit présumer que les époux ont voulu adopter le régime de droit commun établi au lieu de leur domicile matrimonial, et par domicile matrimonial on entend le domicile même du mari (Aix, 12 mars 1878, *J. D. I. P.*, 1878, p. 610). Toutefois, remarquons-le bien, ce n'est qu'une simple présomption qui fléchira quand les époux auront manifesté, en fait, l'intention de prendre un autre domicile, par exemple, lorsqu'ils auront fixé au domicile de la femme leur principal établissement, ou qu'ils seront allés demeurer dans un pays étranger, d'une manière fixe et durable, immédiatement après leur mariage.

Cette doctrine a cependant ses adversaires. Déjà sous l'ancien régime elle était contestée. D'Argentré affirmait que les effets du contrat de mariage dépendaient de la loi de la situation des biens. Son raisonnement était celui-ci : les époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage ont dû s'en référer à la coutume. Or, le caractère essentiel de la coutume, c'est la réalité. Il y aura donc autant de régimes différents qu'il y a de pays dans lesquels les époux possèdent des biens.

Ce système était déjà manifestement erroné sous l'ancienne jurisprudence. En effet, la coutume n'imposait pas un régime matrimonial spécial ; elle se bornait à offrir aux époux un régime tout fait, pour le cas où ceux-ci ne voulaient pas en organiser un eux-mêmes. Le statut matrimonial, déjà à ce moment, rentrait donc dans le statut personnel.

A plus forte raison en est-il ainsi aujourd'hui que le législateur a expressément consacré la liberté des conventions matrimoniales (art. 1387 C. civ.).

S'il n'est plus guère d'auteurs pour admettre maintenant la théorie donnée par d'Argentré, il en reste cependant un certain nombre qui refusent de se ranger à la solution donnée par la juris-

prudence. Ces auteurs veulent que les effets pécuniaires du mariage découlent, non, en principe, de la loi du domicile matrimonial des époux, mais de la loi nationale du mari. On ne peut pas, disent-ils, séparer le contrat de mariage du mariage lui-même, et les faire dépendre de lois différentes. Une seule loi doit protéger les intérêts moraux et pécuniaires de la nouvelle famille, et la loi qui doit l'emporter est celle qui régit le contrat moral, c'est-à-dire, comme on l'admet généralement, la loi nationale du mari.

Si ce dernier système était exact, il aboutirait à faire disparaître dans tous les contrats la recherche de la volonté des parties, et nous avons démontré précisément que le principe de la liberté, en matière de contrat de mariage, était hors de toute controverse dans le Code civil. Le lien qui peut exister entre le mariage lui-même et le règlement des intérêts pécuniaires des époux n'est pas d'ailleurs indissoluble, puisque les époux peuvent, par un contrat exprès, adopter le régime qui leur plaît.

Dans certains cas cependant le lien qui existe entre le contrat de mariage et le mariage lui-même sera impossible à briser. Ce sera quand la loi nationale du mari aura imposé un régime obligatoire, comme cela existe dans quelques cantons suisses. Ici, la question se transforme : il ne s'agit plus d'interprétation d'une convention, mais d'une condition de capacité personnelle qui doit suivre le mari dans tous les pays.

Mais, en dehors de cette hypothèse, il n'y aura d'exception au principe de la liberté des conventions matrimoniales que dans le cas où l'application de la loi étrangère porterait atteinte à l'ordre public local. Il est manifeste, en effet, qu'une femme ne pourrait prétendre que ses immeubles dotaux sont inaliénables, dans des pays où l'inaliénabilité serait considérée comme contraire à l'ordre public.

Lorsqu'une femme sera mariée sous un régime exclusif de communauté, l'examen du contrat de mariage fait conformément aux principes que nous venons d'exposer, suffira la plupart du temps pour permettre de liquider exactement l'impôt de mutation par

décès. Mais, en matière de communauté, on a à résoudre de nouvelles difficultés lorsque les époux sont créanciers ou débiteurs de la communauté, c'est-à-dire lorsqu'ils ont à exercer des reprises en argent, et qu'ils sont débiteurs de récompenses. Dans quels cas le receveur de l'enregistrement devra-t-il avoir égard à ces reprises ou à ces récompenses pour liquider l'impôt en France ?

Examinons d'abord la question des reprises.

Des difficultés de droit international se poseront lorsque les époux étant domiciliés en France, ou même, dans notre opinion, étant simplement Français, il n'y aura pas de biens français sur lesquels les reprises puissent être prélevés, et, dans la même hypothèse, lorsque les biens français seront insuffisants pour permettre ce prélèvement ; enfin lorsque les époux étant étrangers et domiciliés à l'étranger, il y aura, en France, des biens de communauté, sur lesquels les époux pourront exercer leurs reprises en partie ou pour le tout (1).

MM. les Rédacteurs du *Dictionnaire de l'enregistrement*, qui ont étudié ces questions avec quelques développements (v° *Etranger,* n° 253), partent de ce principe que chacun des époux exerce ses reprises sur les biens de la communauté non pas comme créancier, mais à titre de propriétaire. Pour eux, chacun des époux est copropriétaire dans les biens de la communauté jusqu'à concurrence du montant de ses reprises en deniers d'abord, jusqu'à concurrence ensuite de la moitié de ce qui reste, déduction faite de toutes les reprises dues. Comme conséquence, pour savoir s'il y aura lieu de tenir compte, en France, des reprises des époux, il faudra chercher uniquement

---

(1) Avant 1871, les tribunaux et l'administration elle-même décidaient qu'il y avait lieu de tenir compte ou non des reprises pour la liquidation de l'impôt en France, selon qu'elles étaient dues ou non à l'occasion de biens français (Jug Tours, 26 août 1865, *J.-E.* 18490, *Rép. Pér.*, 2304 ; St-Jean d'Augély, 27 décembre 1867, *Rép. Pér.*, 2730 ; Avesnes, 4 décembre 1868, *Rép. Pér.*, 2885 ; Montargis, 9 mars 1869, *Rép. Pér.*, 2950). Mais c'était là une théorie manifestement erronée.

s'il existe en nature des biens de communauté soumis à l'impôt de mutation par décès d'après la loi de l'an VII et la loi du 23 août 1871. Si oui, les reprises doivent être admises en ligne de compte. Mais si les biens français sont insuffisants pour couvrir les époux de toutes leurs reprises, on ne tiendra compte de ces reprises que dans la limite de l'actif de la communauté ; et s'il n'y a aucun bien de communauté soumis à l'impôt en France, on n'aura aucun égard aux reprises alors, même que les époux seraient Français et domiciliés en France (1).

Mais est-il exact de dire que le droit à la reprise constitue un véritable droit de copropriété sur les biens de la communauté ?

Prenons la femme. Sa situation au point de vue des reprises à exercer peut être envisagée à un double point de vue : lorsqu'elle est en contact avec les créanciers de la communauté, lorsqu'elle se trouve en présence de son mari ou de ses héritiers.

Dans la première hypothèse, un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 16 janvier 1858, rendu après de nombreuses et célèbres controverses a décidé que « c'est à titre de « créancier que chaque époux prélève, soit le prix de ses propres « aliénés, soit les indemnités qui lui sont dues par la commu- « nauté ; qu'en effet, l'action n'a alors pour cause qu'une diminu- « tion de patrimoine de l'un des époux et un profit corrélatif « pour la communauté ; que cette clause ne produit pas un droit « de propriété sur les objets déterminés, et qu'il n'en résulte « qu'une créance et une action mobilière. »

Cette doctrine, acceptée à peu près universellement aujourd'hui, peut-elle être étendue au cas où il s'agit d'apprécier les rapports de la femme et du mari ? D'éminents auteurs ne l'ont pas pensé : ils veulent que dans cette dernière hypothèse le droit de la femme soit un véritable droit de copropriété, parce que l'article 1471 du

---

(1) Les Rédacteurs du *Dict. de l'enregistrement,* paraissent pourtant admettre qu'on devra déclarer en France les reprises dues aux époux lorsque ceux-ci seront domiciliés en France, ce qui est contraire à leur principe.

Code civil l'autorise pour l'exercice de ses reprises à prélever des effets de la communauté (Demol., IX, p. 363 à 365 ; Rodière et Pont, I., p. 365).

Mais leur thèse est inacceptable. Sans doute, la femme a le droit de prélever des biens de la communauté pour se payer de ses reprises. Mais ce résultat n'est pas forcé. S'il en était autrement, elle pourrait se trouver lésée, obligée qu'elle serait d'abandonner sa créance même contre un immeuble improductif. Ce à quoi elle a droit avant tout, c'est à la restitution du prix de ses propres vendus, au payement de sa créance. Sa créance principale est donc une créance en deniers, et le droit de prélèvement en nature des biens de la communauté est seulement *in facultate solutionis*, c'est-à-dire qu'il constitue une dation en payement, qui, comme toutes les opérations de cette nature, ne peut s'accomplir sans le consentement du créancier.

Si la thèse contraire était exacte, elle aurait ce résultat singulier qu'elle revêtirait d'une manière rétroactive l'action en reprise des époux d'un caractère immobilier qu'elle n'aurait pas eu originairement. Et voit-on à quelles conséquences ce système conduirait, si l'on suppose que l'époux créancier de reprises contracte un second mariage sous le régime de la communauté légale avant d'avoir fait connaître son option ? L'époux créancier pourra, à son gré, favoriser la seconde communauté ou la léser, selon qu'il se fera payer en argent ou en effets de la première communauté. Que devient dans un pareil système le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ?

Nous admettons donc, ce qui est, au surplus, la doctrine traditionnelle (Merlin, v° *Legs*, sect. IV § 2, n° 4), que l'action a un caractère essentiellement mobilier, qu'elle constitue une créance pure et simple. Dès lors, il y aura lieu d'en tenir compte pour la liquidation de l'impôt de mutation par décès en France, conformément aux principes que nous avons exposés, toutes les fois que les époux seront Français ou domiciliés en France. Je dis les époux, car la communauté ne constitue pas une personne morale, et ce sont, au fond, les époux eux-mêmes qui sont respectivement créanciers l'un de l'autre.

Nous ne ferons d'exception à cette règle que lorsque les époux seront mariés sous un régime faisant du droit de reprise des époux un véritable droit de copropriété. Dans cette hypothèse, on devrait admettre évidemment les solutions que nous avons données tout à l'heure, et qui se fondent précisément sur le droit de copropriété de l'époux auquel appartient l'action en reprise.

La thèse que nous soutenons est, au fond, admise actuellement par la jurisprudence (Seine, 26 mai 1876, *J. E.*, n° 19,958) et l'administration elle-même y a acquiescé par une solution du 28 août 1879 (*Rép. Pér.*, 5,626).

Les principes, que nous venons d'indiquer comme permettant de résoudre les questions qui s'élèvent en matière de reprises, servent à trancher également toutes les difficultés qui se posent lorsqu'il s'agit de récompenses dues à la communauté. Qu'est-ce, en effet, qu'une récompense ? C'est une dette de l'un des époux envers la communauté. Un époux peut donc, pour des causes différentes, être à la fois créancier de reprises et débiteur de récompenses. Comme la communauté ne constitue pas une personne morale, l'époux qui doit une récompense à la communauté, et qui a droit à une part de cette communauté comme créancier de reprises, réunit en sa personne deux qualités incompatibles qui engendrent une confusion. Comme l'a dit en excellents termes M. Labbé (en note à un arrêt de la Cour de cassat., du 15 mai 1872, S., 1872, 1, 313) « il est contraire à la nature des choses « et à l'intention des parties de distinguer la créance de certaines « récompenses, de la dette de certaines autres récompenses, de « rompre le lien qui les unit et de les traiter comme des objets « indépendants l'un de l'autre. Les droits d'un époux dans la « communauté et les charges ou dettes dont il est tenu, forment « un tout complexe, un mélange de créances et de dettes, d'émo- « luments et de charges, qui sont destinés à se paralyser. La « liquidation fera apparaître, par la réduction de ces éléments « divers à leur plus simple expression, de quelles valeurs se com- « posera la succession de l'époux. Les reprises d'un époux dans « la communauté sont indéterminées ; elles sont indécises, impli-

« quées du passif des récompenses dues ; elles sont des valeurs « incertaines, réductibles, jusqu'à ce que la balance entre les « dettes et les créances de cet époux ait clairement défini ce que « cet époux aura le droit de reprendre activement. »

S'il en est ainsi, s'il est vrai, comme on le dit, que les créances de reprises et les dettes de récompenses ne peuvent se concevoir isolément les unes des autres, il faut décider qu'il y aura lieu d'en tenir compte en France pour la liquidation de l'impôt de mutation par décès, toutes les fois qu'il y aurait lieu d'avoir égard aux reprises elles-mêmes.

Nous déciderons donc d'après ces principes :

1° Que si les époux sont domiciliés en France, ou simplement Français, elles devront être comprises dans la masse imposable de la communauté, et subir l'impôt lorsqu'elles seront dues par le survivant, puisqu'elles contribuent à augmenter la part du défunt dans la communauté ;

2° Que si les époux sont domiciliés hors de France, le receveur de l'enregistrement ne pourra exiger qu'elles soient déclarées pour augmenter la masse imposable, pas plus qu'il ne pourra en tenir compte pour diminuer cette même masse quand elles seront dues par le défunt (1).

---

(1) Il importe de faire remarquer que malgré le principe de la non déduction des dettes, la jurisprudence, lorsque la succession ne se complique d'aucun élément étranger, autorise à déduire, jusqu'à concurrence de la valeur des biens de la communauté, les reprises ou les récompenses qui sont dues par l'époux décédé :

Ainsi, soit une communauté de	100.000 fr.
Des récompenses à exercer par le survivant pour	20 000 »
Et des reprises dues au survivant pour	20.000 »
On liquidera la part du défunt de la manière suivante :	
Communauté (y compris la récompense due).	120.000 »
Reprise du survivant à déduire	20.000 »
L'actif net de la communauté est de.	100.000 »
Dont moitié à chaque époux est de	50.000 »
Mais dans la part du défunt est comprise la récompense qu'il doit, de sorte que l'émolument net imposable sera seulement de.	30.000 »

C'est là un tempérament équitable introduit à une époque où la juris-

CHAPITRE IV

Exécution des legs

En ce qui concerne l'exécution des legs sur les successions comprenant à la fois des biens français et des biens étrangers, deux questions peuvent se poser :

On peut se demander, en premier lieu, si l'on doit avoir égard pour la liquidation des droits de mutation par décès aux legs particuliers contenus dans le testament d'un étranger domicilié et décédé dans son pays d'origine.

On peut se demander encore si, étant donnée la succession d'un Français domicilié en France, succession qui, on le suppose, comprend des bien français et des biens étrangers, ces derniers exempts de l'impôt en France, le droit de mutation dû par les légataires particuliers est exigible sur le montant total des legs ou seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens existant réellement et passibles du droit en France.

Pour résoudre ces deux questions, il importe de dégager nettement les principes qui, en thèse générale, régissent l'exigibilité du droit de mutation par décès sur les legs particuliers.

On peut distinguer, à cet égard, différentes sortes de legs :

1° les uns portent sur un corps certain, ou, ce qui revient au même, sur une somme d'argent existant en nature dans la succession ;

2° les autres ont pour objet des sommes mobilières qui n'existent pas dans la succession.

---

prudence n'était pas encore nettement fixée sur la nature de l'action en reprise, mais qui ne se justifie pas en droit pur. D'où il suit que l'on ne saurait argumenter de cette pratique pour trancher les questions de droit international que nous venons de soulever.

Pour les premiers, il ne peut s'élever aucune difficulté, les articles 1014 et 1018 du Code civil attribuent au légataire particulier la propriété des objets dès le décès du testateur. Il s'ensuit qu'une seule transmission de biens du testateur au légataire particulier s'est opérée. On peut exiger du légataire particulier auquel les biens ont été transmis directement la déclaration de l'objet du legs et l'acquittement de l'impôt. Mais aucun droit ne peut être réclamé à l'héritier ou au légataire universel puisque la propriété des objets légués n'a pas résidé, même pendant un instant de raison, sur leurs têtes.

Les legs de la seconde catégorie avaient, au contraire, donné lieu au début à de graves controverses.

Le siège de la difficulté se trouvait dans les articles 1009, 1013 et 1017 du Code civil. Ces différentes textes considèrent les légataires particuliers de sommes comme de simples créanciers de l'héritier ou du légataire universel. Le fisc en tirait cette conséquence que ces derniers ne pouvaient demander la déduction des legs particuliers pour la liquidation de l'impôt à leur charge, par application du principe de la non distraction des dettes ; ce qui n'empêchait pas, toutefois, le légataire particulier d'être tenu de l'impôt en raison de la dévolution qui s'était opérée à son profit, de sorte que la même valeur supportait en définitive deux fois le droit proportionnel.

L'iniquité du système le fit rejeter. Ce fut d'abord la Cour de cassation qui décida par trois arrêts des 27 mai 1806, 12 avril et 8 septembre 1808 (1) que le droit sur le total des biens dont la mutation s'est opérée, se trouve acquitté tant par la perception sur le montant des legs particuliers que par celle sur le montant net de l'hérédité. Et la même question soumise au Conseil d'Etat fut résolue dans le même sens par l'avis interprétatif des 2-10 septembre 1808 qui a force législative, et qui est ainsi conçu :

« Le Conseil d'Etat, ... sur la question de savoir si, lors-

---

(1) *Dict. de l'Enreg.*, v° *Succession*, n° 1979.

« qu'un légataire universel est grevé de legs particuliers de sommes d'argent qui ne se trouvent pas dans la succession, le droit proportionnel dû par lui sur la valeur entière des biens qui la composent doit être perçu indépendamment des droits dus pour chacun de ces legs particuliers ;

« Vu les articles 14, 15, 29 et 32 de la loi du 22 frim. an VII, les art. 1016 et 1017 C. civ. ;

« Considérant que la déclaration des héritiers ou légataires à titre universel devant comprendre l'universalité des biens de la succession, le droit proportionnel qui est perçu d'après cette déclaration remplit le vœu de la loi puisqu'il porte sur la totalité de la succession ;

« Que la délivrance des legs particuliers, soit qu'ils consistent en effets réellement existants dans la succession, soit que les légataires universels ou les héritiers doivent les payer de leurs propres deniers, n'opère pas mutation de ces derniers aux légataires particuliers ; que dans ces deux cas la loi ne regarde les héritiers ou les légataires universels que comme de simples intermédiaires, entre le testateur qui est censé donner lui-même, et les légataires particuliers qui reçoivent ;

« Que, du système contraire, il résulterait que le même objet serait, en définitive, assujetti à deux droits de mutation, ce qui n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi ; qu'enfin on ne doit pas assimiler les legs particuliers payés d'après la volonté du testateur à une dette de la succession ;

« Est d'avis que lorsque les héritiers ou légataires universels sont grevés de legs particuliers de sommes d'argent non existantes dans la succession et qu'ils ont acquitté le droit proportionnel sur l'intégralité des biens de cette même succession, le même droit n'est pas dû pour ces legs ; conséquemment que les droits déjà payés par les légataires particuliers doivent s'imputer sur ceux dus par les légataires universels. »

Comme on peut le remarquer, le conseil d'État maintenait l'ancien principe en vertu duquel l'héritier ayant la saisine doit acquitter l'impôt sur la totalité des biens héréditaires. Il recon-

naissait seulement que l'impôt ne pouvant être dû deux fois, il y avait lieu à imputation, sur l'impôt dû par l'héritier, de l'impôt payé par le légataire.

Mais la Cour de cassation alla plus loin ; du principe que les héritiers ou légataires universels ne sont que de simples intermédiaires entre le testateur et l'héritier, elle a conclu que les légataires universels ne doivent le droit proportionnel que sur les biens par eux conservés eu égard à leur degré de parenté et déduction faite des legs mis à leur charge, dont l'impôt incombe directement aux légataires particuliers.

Elle a essayé de justifier sa doctrine par une fiction qui divise le patrimoine du défunt entre les héritiers ou légataires universels et les légataires particuliers, et qui fait considérer comme détachée de ce patrimoine la portion de biens affectée au paiement des legs non existants dans la succession. En effet, le défunt qui lègue à Primus la maison qu'il possède, à charge de payer à Secondus une somme de 10,000 fr., a voulu faire deux libéralités avec le même objet. « C'est toujours, dit Championnière, en se « dépouillant d'une seule chose, que le donateur constitue l'obli- « gation de la charge ; c'est toujours un partage qu'il effectue ; « mais ici la division ne s'opère pas matériellement, la chose « transmise n'est considérée que dans sa valeur, et c'est au moyen « d'attributions de valeurs que chacun des donataires est loti dans « la libéralité qui leur est commune (n° 2377). » Ainsi donc, la Cour faisant fléchir la sévérité de la loi civile veut que l'on considère le droit du légataire de sommes *in genere*, comme une copropriété réelle sur les biens de la succession. (Cass., 30 mars 1858, Dalloz, *J. D.*, v° *Enregistrement*, n° 2795.)

On a pensé que cette jurisprudence devait être admise aussi quand il s'agit de la succession d'un étranger laissant des biens en France. D'une part, dit-on, il est évident qu'en droit civil le légataire peut poursuivre sur les biens français l'exécution de la libéralité faite à son profit. D'autre part, les biens étrangers sont censés inexistants aux yeux de la loi française. Dès lors, on est forcé d'avoir égard, dans la liquidation de l'impôt en France, aux

legs de sommes d'argent, alors même qu'ils sont faits par un testateur étranger.

Dans le même ordre d'idées, si un Français décédé laisse à la fois des biens français et des biens étrangers et si le montant des legs qu'il a faits dépasse la valeur des biens français, on dispensera du droit en France, la portion qui excède le montant des biens français. D'après la jurisprudence, le légataire particulier reçoit, en effet, non un droit de créance, mais un droit de copropriété dans les biens de la succession. Dès lors, si le legs, après avoir épuisé les valeurs françaises, vient à s'exercer sur les immeubles étrangers, on doit considérer le légataire comme ayant recueilli ces biens eux-mêmes et l'objet du legs est alors soustrait à l'impôt puisque les lois fiscales n'ont pas d'empire hors du territoire. (Belfort, 3 fév. 1863, *Rép. Pér.*, 1901.)

Telles sont, d'après MM. les Rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement* (n° 23027) les solutions auxquelles on arrive en appliquant les principes posés par la jurisprudence. Mais la Cour suprême n'a-t-elle pas dépassé, en les formulant, les limites qui s'imposent à l'interprète, et sous prétexte que la loi était injuste et impopulaire, n'a-t-elle pas mis à sa place l'arbitraire ? La théorie à laquelle il lui a fallu avoir recours pour éluder la loi est ingénieuse ; n'est-elle pas trop ingénieuse même et ne peut-on pas lui reprocher de tomber dans des subtilités difficilement saisissables ?

C'est qu'en effet, le droit du légataire de sommes d'argent non existant en nature dans la succession est un simple droit de créance du légataire particulier contre le légataire universel ou l'héritier. Ce droit de créance peut être garanti par un privilège ou une hypothèque, mais sa nature ne change pas. Les articles 1009, 1013 et 1017 du Code civil ne laissent aucun doute sur ce point. Il y a donc, en réalité, deux transmissions : l'une du testateur à l'héritier ou au légataire universel ; l'autre de l'héritier ou du légataire universel au légataire particulier. Or, l'article 4 de la loi du 22 frimaire an VII dispose que le droit proportionnel est établi sur toute transmission de propriété, d'usufruit ou de jouis-

sance de biens meubles et immeubles, c'est-à-dire que ce qui est assujetti à l'impôt c'est la mutation ou le fait matériel du changement, et non l'enrichissement du contribuable (1) ; et dès lors, les deux transmissions du testateur à l'héritier et de l'héritier au légataire devraient supporter l'impôt.

Sans doute, l'avis du Conseil d'Etat des 2–10 septembre 1808 a force obligatoire. Mais, par cela qu'il déroge aux principes généraux, il devrait être rigoureusement restreint à ses termes, et s'il en résulte que l'on ne peut exiger deux fois l'impôt en France à raison des mêmes biens, on n'en saurait conclure néanmoins, comme l'a fait la Cour de cassation, que le droit du légataire particulier de sommes d'argent est un droit de co–propriété sur les biens de la succession.

Il est à remarquer, en outre, que si le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont fait fléchir la sévérité de la loi civile, c'est dans un but d'équité et pour éviter le paiement d'un double impôt à l'occasion d'une transmission unique. Or, si la théorie admise par la Cour devait recevoir en l'espèce son application, elle irait, quand le tarif établi pour le légataire particulier est supérieur au taux fixé pour le légataire universel ou l'héritier du sang, directement à l'encontre du but qu'elle s'est proposé. Elle aurait, en effet, pour résultat de faire presque toujours payer en France et à l'étranger le tarif le plus élevé, de sorte que le sentiment d'équité, qui a inspiré la jurisprudence dans son interprétation, aboutirait à créer, en l'espèce, une flagrante injustice.

Ces raisons paraissent avoir frappé l'administration de l'Enregistrement qui a cherché à concilier, dans un autre système, l'équité avec les principes admis par la jurisprudence.

Le point de départ de sa doctrine est à peu près le même que celui sur lequel est basée la thèse de MM. les Rédacteurs du *Dictionnaire de l'Enregistrement.*

Elle admet en principe que, si l'auteur de la succession a fait

---

(1) Voir rapport de Laborie à la Cour de cass., S. 1857, 1, 419.

des legs, même d'une valeur supérieure aux biens situés en France, sans spécifier sur quels biens le prélèvement en sera effectué, et si les héritiers exécutent purement et simplement ces libéralités, le montant des legs devra être imputé jusqu'à due concurrence sur les valeurs situées en France, et l'impôt de mutation par décès perçu en conséquence.

Mais à cette règle elle apporte un tempérament.

Si les legs de sommes d'argent sont prélevés, conformément au désir formel ou même tacite du défunt, sur les valeurs étrangères dépendant de sa succession, elle décide qu'aucun impôt ne sera exigé en France sur le montant de ces legs (sol. des 17 juin 1878, 21 mai 1881, et 25 mars 1890), ce qui est encore ici une application du principe posé par la jurisprudence que le légataire doit recevoir directement et *omisso medio* le montant de la libéralité. En ce sens, elle a décidé notamment que quand une libéralité avait été faite en France, au profit d'un Français, par un Français domicilié en Allemagne, elle était fondée à soutenir que, dans la pensée du testateur, le legs devait être acquitté au moyen des valeurs françaises qui pouvaient exister dans la succession.

On n'en saurait disconvenir, ce tempérament est équitable. Cependant, outre les objections théoriques que nous avons faites à la thèse des Rédacteurs, et qui peuvent être reproduites ici, la théorie qu'admet l'administration présente de sérieux inconvénients pratiques.

Il est certain d'abord, que la plupart du temps le testateur se sera préoccupé uniquement de l'étendue de la libéralité et non de la façon dont elle pourra être accomplie par celui qui en aura la charge. En outre, cette volonté du testateur, à supposer qu'elle existe, sera la plupart du temps impossible à connaître, et, dans tous les cas, la solution de la question sera toujours livrée à l'appréciation plus ou moins arbitraire des agents du Trésor.

Ces raisons nous conduisent, dès lors, à proposer à la question une autre solution qui nous paraît à la fois tenir compte des principes du droit civil et de la législation spéciale à l'impôt.

Nous partons de ces deux principes qui paraissent incontestables :

1° Lorsqu'une succession comprend à la fois des biens situés en France et des valeurs étrangères non assujetties à l'impôt, l'administration ne doit pas avoir égard, pour la perception des droits de mutation par décès, aux biens situés hors de France, à moins qu'il ne s'agisse des valeurs mobilières assujetties spécialement à l'impôt en France par la loi du 23 août 1871 ;

2° Les legs de sommes d'argent doivent être envisagés, même au point de vue de l impôt, comme des créances (art. 1009 et 1013 du Code civil) et assujetties à l'impôt en France toutes les fois qu'une créance ordinaire dépendant de la succession y serait soumise.

Nous sommes conduit ainsi à décider que ce sera toujours au domicile du défunt que la créance devra être déclarée. Le droit de mutation par décès est dû, en effet, en France : 1° d'après la loi du 22 frimiaire an VII et l'avis du Conseil d'Etat du 11 février 1829, quand la créance y a sa situation légale, c'est-à-dire quand elle y est payable ; 2° d'après la loi du 23 août 1871, quand le testateur avait en France, au moment de son décès, un domicile de fait ou de droit, ce qui ne constitue qu'une seule et même condition, puisque c'est au domicile des testateurs que les legs sont censés avoir leur situation, la demande en délivrance devant y être faite. (Code de proc. civ., art. 59, § 3).

La solution que nous proposons ne donne pas seulement à l'impôt une base invariable ; elle a encore le mérite de l'équité. D'une part, le legs de sommes d'argent paiera rarement le droit de mutation dans deux pays différents, la plupart des Etats admettant, en matière d'impôt, le principe du statut réel, et, en matière de legs, cette règle que le payement doit s'en faire au domicile du défunt. D'autre part, quand les legs de cette catégorie, payables en France, dépasseront l'actif français, l'impôt ne pourra être perçu que jusqu'à concurrence des biens passibles du droit d'après leur nature, les biens situés à l'étranger devant être considérés comme inexistants au point de vue de la loi

fiscale, et les legs devant être ainsi envisagés à l'égard du Trésor comme caducs, en tant qu'ils dépassent la valeur des biens existant en France.

CHAPITRE V

Colonies. — Ambassadeurs.

L'impôt de mutation par décès n'est pas établi dans toutes les colonies françaises, et dans celles où il est établi, le tarif est souvent moins élevé que dans la métropole. Il s'élève alors la question de savoir, si, quand les biens qui ont leur situation dans une colonie ou qui dépendent d'une succession qui s'y est ouverte, seront assujettis à l'impôt en France, et quand ils y seront soumis dans la colonie.

Il n'y a aucune difficulté possible pour les biens qui ont une situation matérielle. Si ces biens ont en France leur assiette au moment du décès de leurs possesseurs, ils devront l'impôt en France ; si, au contraire, ils ont cette assiette dans la colonie, ils seront soumis au tarif édicté pour la colonie, ou même exempts de toute taxe, si l'enregistrement n'y est pas organisé.

Mais lorsque le défunt laisse des rentes et des créances, devra-t-on, comme nous l'avons fait déjà, leur donner une situation fictive et dire que ces valeurs incorporelles seront soumises à l'impôt au bureau de cette situation fictive, ou au contraire les rattacherons-nous à la personne du créancier pour les assujettir à la déclaration à son domicile, conformément à l'article 27 de la loi du 22 frimaire an VII ?

La jurisprudence et l'administration distinguent suivant qu'il s'agit ou non de colonies où le service de l'enregistrement est organisé (1). Elles assimilent aux pays étrangers les colonies où

(1) En parlant de colonies où l'enregistrement n'est pas organisé, elles entendent parler de colonies où aucun impôt d'enregistrement n'est établi.

l'enregistrement n'est pas établi, et fixent au domicile du défunt l'assiette fictive des rentes et créances qui doivent dès lors supporter le tarif de la métropole toutes les fois que le débiteur de la créance est en France ou que cette créance y est payable (Cass., 10 nov. 1823, S. 24, 1, 80). Elles assimilent, au contraire, à la France, les colonies où l'enregistrement est établi, et elles veulent que la situation des valeurs sans assiette matérielle soit toujours au domicile du défunt. « La loi du 22 frimaire an VII, dit un « arrêt de la chambre civile du 24 février 1869, après avoir indi- « qué dans le § 1[er] de l'article 27, dans quels bureaux d'enregis- « trement se feraient les déclarations de mutation par décès, soit « pour les immeubles, soit pour les meubles en général, et avoir « déterminé ces bureaux d'après la situation matérielle des biens « à déclarer, s'est occupée dans le § 4 du même article, de dési- « gner les bureaux où devraient être déclarés après décès les « rentes et autres biens meubles que cette loi indique sans assiette « déterminée ; dans l'impossibilité où on était de prendre pour « base à leur égard comme pour les autres biens, la situation « matérielle, le législateur de l'an VII a créé pour ces valeurs une « assiette déterminée, une situation fictive et présumée qu'il a « fixée au domicile du créancier chaque fois que le créancier « était domicilié en France au moment de son décès ; qu'il a fixée « au domicile du débiteur chaque fois que celui-ci étant domicilié « en France, le créancier aurait eu son domicile à l'étranger ou « même dans une colonie étrangère où l'impôt de l'enregistre- « ment ne serait pas encore établi, de telle sorte que, dans toutes « les hypothèses, les droits dus au Trésor public pussent être « poursuivis sur des valeurs qui, étant en France, jouissant de la « protection de la loi française, devaient, par réciprocité, être « soumises aux perceptions ordonnées par cette même loi en cas

---

Si c'est le droit de mutation par décès seulement qui n'existe pas, elles considèrent que la créance a sa situation au domicile du créancier. (Voir à cet égard l'arrêt de la Cour de cassation du 14 déc. 1870, cité plus loin et relatif à l'Algérie.)

« de mutation par décès » (S. 69, 1, 140. Voir également Cass., 12 août 1857, S. 58, 1, 77).

Nous ne saurions admettre l'opinion de l'administration et de la jurisprudence. Nous croyons, en effet, que dans tous les cas on devra considérer la créance comme ayant son assiette au lieu où elle doit être payée, c'est-à-dire d'ordinaire au lieu du domicile du débiteur. Nous l'avons démontré déjà (p. 82), lorsqu'il s'agit de questions d'impôt, il faut abstraire les meubles de leur propriétaire. Les dispositions de l'article 27 ne contredisent pas notre affirmation. Ces dispositions sont, en effet, purement réglementaires, et elles ont été faites uniquement pour régler la compétence des bureaux d'enregistrement. Elles sont entièrement dominées par ce principe supérieur et fondamental que l'impôt fait partie du statut réel, et en aucun cas elles ne sauraient lui faire échec. Nous admettons, dès lors, que la valeur incorporelle devra être déclarée au lieu de la situation fictive de la rente ou de la créance transmise, comme si la colonie formait réellement un Etat étranger.

Les agents diplomatiques jouissent du privilège de *l'exterritorialité*, c'est-à-dire qu'ils sont réputés se trouver toujours dans le pays qu'ils représentent. En conséquence, lorsque les agents diplomatiques des Etats étrangers décèdent en France, on doit considérer leur succession comme s'étant ouverte à l'étranger.

On ne doit donc soumettre à l'impôt que les rentes et créances dues par des Français et payables en France, et les immeubles qu'ils pourraient y posséder en leur nom privé.

L'exterritorialité s'étend à l'hôtel de l'ambassadeur et aux meubles meublants qu'il contient. Ces meubles ne sauraient, en conséquence, être assujettis à l'impôt en France.

Nous appliquerons les mêmes solutions aux successions des consuls, mais à la condition, bien entendu, qu'ils ne soient pas Français. S'il en était autrement, on ne devrait considérer, comme échappant au droit de mutation par décès, que le mobilier garnissant les bureaux du consulat. Il ne serait pas admissible, en effet, que par le seul fait d'acceptation de fonctions étrangères,

un Français pût soustraire à l'impôt en France des biens qu'il possédait autrefois en qualité de régnicole, et qu'il continue à posséder de la même manière.

CHAPITRE VI

Bureaux compétents pour recevoir les déclarations. — Délais. — Pénalités. — Prescriptions. — Poursuites.

Relativement au lieu où les biens doivent être déclarés, l'article 27 de la loi du 22 frimaire an VII, porte ce qui suit : « Les « mutations de propriété ou d'usufruit par décès sont enregistrées « au bureau de la situation des biens. S'il s'agit d'une mutation « au même titre de biens meubles, la déclaration en sera faite au « bureau dans l'arrondissement duquel ils se seront trouvés au « décès de l'auteur de la succession. Les rentes et autres biens « meubles sans assiette déterminée lors du décès seront déclarés « au bureau du domicile du décédé. »

Par application de ces règles, on devra déclarer au bureau de la situation des biens, les immeubles et les meubles meublants, et au bureau du domicile du défunt, lorsque ce domicile sera en France, les valeurs mobilières étrangères qui font partie de la succession.

La loi de l'an VII est muette en ce qui concerne les biens incorporels sans assiette déterminée qui doivent être soumis à l'impôt en France, même lorsque le défunt n'y est pas domicilié, ou ne jouit pas de la qualité de Français. Mais ces biens étant censés se trouver au domicile du débiteur ou au lieu où ils sont payables, ce sera le lieu de cette assiette fictive qui déterminera la compétence du bureau chargé de recevoir l'impôt (voir notamment Cass., 15 mars 1869, S. 70, 1, 134) (1).

---

(1) Par tolérance l'administration de l'Enregistrement a admis jusqu'à pré-

Lorsque le décès a eu lieu à l'étranger, les héritiers ou légataires ont pour souscrire la déclaration des biens soumis à l'impôt en France un délai plus considérable qu'à l'ordinaire. Le délai qui est de six mois, lorsque celui dont on recueille la succession est mort en France, est porté à huit mois, s'il est décédé dans toute autre partie de l'Europe, à un an s'il est mort en Amérique, et à deux ans, si c'est dans une autre partie du monde (art. 24 de la loi du 22 frim. an VII.) Cet article ajoute toutefois que « si avant « les derniers six mois des délais fixés pour les déclarations... les « héritiers prennent posession des biens, il ne restera d'autre « délai à courir que celui de six mois, à compter de la prise de « possession. »

L'éloignement et les difficultés de communication avec le lieu où la succession doit s'ouvrir, n'auraient pas en effet permis de connaître et de liquider la succession dans le délai légal, en dehors du cas où les héritiers ont eu connaissance du décès et des biens dépendant de la succession.

La question de savoir quand il y aura prise de possession ne peut être résolue que par l'examen des faits particuliers de chaque affaire. Elle résulterait suffisamment, par exemple, de la procuration donnée pour recueillir la succession (déc. du Ministre des finances, du 10 août 1814. *J. E.*, 5028), ou du fait qu'il a été procédé à l'inventaire des biens dépendant de l'hérédité.

Les mêmes pénalités sont applicables, que le défunt soit décédé en France ou en dehors du territoire, que sa succession comprenne des biens français et des biens étrangers, ou qu'elle comprenne des biens français seulement.

La prescription de dix ans édictée par les articles 61 § 4 de la loi du 22 frimaire an VII, et 11 de la loi du 18 mai 1850 doivent

---

sent les Alsaciens-Lorrains, à souscrire les déclarations qui ne portent que sur des valeurs incorporelles françaises, au bureau de l'enregistrement le plus voisin de leur résidence.

courir, comme à l'ordinaire, à partir du décès, lorsque celui dont on recueille la succession est décédé hors de France. Notre opinion, toutefois, est contredite par MM. les Rédacteurs du *Dictionnaire de l'Enregistrement* (v° *Etranger*, n° 327) qui pensent que le délai doit commencer à courir seulement à partir de la date du premier acte qui a pu instruire l'administration de l'ouverture de la succession. (En ce sens également, Nice, 7 février 1881, *J.-E.*, n° 21664). Mais cette théorie paraît erronée. L'article 61 § 4 de la loi du 22 frimaire an VII, dispose, de la manière la plus expresse et sans faire aucune distinction, que la prescription courra du jour du décès. Et on ne saurait, pour y échapper, invoquer la règle admise autrefois : « *contrà non volentem agere non currit prœscriptio,* » car, cette règle ne semble pas avoir passé dans le Code civil. L'article 2251 qui dispose que « la prescription court contre toutes les personnes à « moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la « loi, » paraît bien marquer, en effet, que le législateur n'a pas voulu admettre l'ancienne règle, déjà condamnée autrefois d'ailleurs par de très nombreux auteurs.

Nous admettrons pour les mêmes raisons que la prescription de 30 ans, édictée par l'article 26 de la loi du 8 juillet 1852 en matière de rentes sur l'Etat, courra également à partir du décès.

L'administration française a le droit de faire signifier des actes de poursuite à des héritiers domiciliés à l'étranger, cela est incontestable. Mais elle ne pourra procéder à aucune saisie de biens étrangers même en vertu d'un jugement : il est, en effet, contraire au droit public qu'un gouvernement exerce à l'étranger son droit de souveraineté, et que les biens meubles et immeubles d'un pays servent à acquitter des impôts autres que ceux qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public de l'Etat lui-même.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION 3

Les progrès du droit international privé, ont fait naitre de nouvelles questions fiscales 3

Section I. — *Principes qui servent à résoudre les questions en droit civil.* — Droit Romain : *jus civile et jus gentium.* — Epoque Barbare : personnalité des lois. — Féodalité : Principe de territorialité. — Monarchie absolue : Théorie des statuts. — Critique. — Epoque moderne : Théorie de la nationalité. — Le code civil admet la théorie des statuts 3

Section II. — *Principes de droit fiscal.* — Caractère réel des lois d'impôt. — Système de la réalité dans la loi du 22 frimaire an VII 10

Section III. — *Division du sujet* 12

PREMIÈRE PARTIE

Du droit de succession des étrangers dans l'ancien droit et particulièrement du droit d'aubaine 15

Situation des étrangers dans l'antiquité : dans l'Inde, en Egypte, chez les Hébreux, en Grèce, à Rome. — Influence du christianisme et de l'invasion des Barbares. — Le droit d'aubaine. Son origine. — Variation du traitement infligé aux aubains. — Comment de seigneurial le droit d'aubaine devient royal. — Théorie des légistes. — Fondement et étendue du droit d'aubaine. — Exemptions. — Noblesse. — Enfants régnicoles. — Pays de droit écrit. — Communes franches. — Pays sous la domination du roi de France. — Pays amis. — Lettres de naturalité. — Commerçants. — Consuls. — Professions et industries privilégiées. — Bénédictins. — Traités diplomatiques. — Révolution. — Abolition du droit d'aubaine. — Système rétrogade du Code civil. — Loi du 14 juillet 1819 15

DEUXIÈME PARTIE

De la dévolution héréditaire dans le code civil français . . 41

CHAPITRE Ier. — De la loi générale a appliquer a la dévolution. — Controverses. — Système de l'unité de patrimonie. — Système de la réalité. — Subdivision de ce dernier système en ce qui concerne les meubles : Système de Marcadé. — Système de la loi du domicile. — Système de la loi nationale. — Exactitude de cette dernière opinion. 41

La jurisprudence admet que la loi du domicile régit la dévolution des meubles. — Le Français peut-il acquérir un domicile en pays étranger ? — L'étranger peut-il acquérir un domicile en France en dehors du cas où il a été autorisé à s'y établir par le chef de l'Etat ? 56

Successions en déshérence. 64

Successions vacantes 66

CHAPITRE II. — Des restrictions qui résultent de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 67

Motifs de l'article 2. — Le prélèvement a lieu quelle que soit la cause de l'exclusion. — Tempérament proposé par MM. Laurent et Demolombe quand l'exclusion résulte d'un testament. — Libéralité valable d'après la loi étrangère et nulle d'après la loi française et *vice versâ*. — Personnes qui peuvent exercer le prèlèvement ou contre lesquelles on peut l'exercer. — Sur quels biens s'opère le prélèvement. — Mode de calcul. — Le droit de prélèvement est un droit purement réel, et à défaut de biens suffisants, le cohéritier français n'a pas d'action personnelle 67

TROISIÈME PARTIE

De l'exigibilité de l'impôt de mutation par décès. 81

CHAPITRE Ier. — Théorie générale de l'exigibilité de l'impôt quant aux personnes et quant aux biens 81

La loi du 22 frimaire an VII admet le principe que l'impôt fait partie du statut réel. — Biens immeubles. — Biens meubles qui ont une assiette fixe. — Situation fictive des valeurs incorporelles. — Avis du Conseil d'Etat du 11 février 1829 . . 82

PAGES

Dérogations au principe que l'impôt fait partie du statut réel. — Loi du 18 mai 1850. — Loi du 28 mai 1863. — Loi du 23 août 1871. — Toutes les valeurs incorporelles qui dépendent de la succession d'un étranger domicilié de fait ou de droit en France doivent l'impôt en France. — Quid des meubles corporels qui ont leur situation réelle à l'étranger? 86

Application de la loi du 23 août 1871. — Examen des diverses hypothèses qui peuvent se présenter dans la pratique. — 1° Français décédé en France ou à l'étranger, mais domicilié en France. — 2° Etranger domicilié en France. — 3° Français domicilié à l'étranger. — 4° Etranger décédé à l'étranger . . 93

Critique du système admis par la loi française 100

CHAPITRE II. — EFFETS DU PARTAGE. 102

Le partage qui comprend à la fois des biens français et des biens étrangers ne peut servir à asseoir l'impôt de mutation par décès. — Théorie contraire de M. Naquet. — Réfutation . . 102

CHAPITRE III. — EFFETS DU STATUT MATRIMONIAL 112

1° Cas où un contrat a été rédigé. — Ce contrat a effet en tout pays. — 2° Cas où il n'y a pas eu de contrat de mariage. — La jurisprudence applique la doctrine du domicile matrimonial . 112

Des reprises et des récompenses. — Théorie déduite du caractère mobilier de l'action en reprise. 115

CHAPITRE IV. — EXÉCUTION DES LEGS 121

Legs en nature. — Legs de sommes d'argent. — Difficultés quant à cette dernière catégorie de legs. — Doctrine des Rédacteurs du *Dictionnaire de l'Enregistrement* — Système de l'Administration. — Théorie proposée. 121

CHAPITRE V. — COLONIES. — AMBASSADEURS. 120

CHAPITRE VI. — BUREAUX COMPÉTENTS POUR RECEVOIR LES DÉCLARATIONS. — DÉLAIS. — PÉNALITÉS. — PRESCRIPTIONS. — POURSUITES. 132

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le mariage se forme par simple consentement.

II. — Le pupille sorti de l'*infantia* qui s'oblige seul est tenu d'une obligation naturelle.

III. — Dans les obligations à terme, le débiteur n'est pas de plein droit en demeure par l'arrivée du terme : « *Dies non interpellat pro homine.* »

IV. — Le contrat *litteris* ne constitue pas une forme de novation *stricto sensu.*

CODE CIVIL

I. — La donation-partage dans laquelle dans laquelle figure un enfant naturel reconnu a, à l'égard de celui-ci, le caractère d'une libéralité ordinaire ; d'où cette conséquence que s'il a été loti d'une manière excessive, les enfants légitimes ne peuvent agir en réduction contre lui que par l'action de l'article 756 du Code civil presriptible par 30 ans, et non par l'action de l'article 1079 prescriptible par 10 ans.

II. — L'action en reprise d'un époux contre la communauté, lorsqu'il ne s'agit pas de reprises en nature, a un caractère essentiellement mobilier, même dans les rapports des époux entre eux.

III. — Les créanciers chirographaires ont le droit d'opposer le défaut de transcription d'une donation.

IV. — La prescription de l'article 789 du Code civil a pour

effet de laisser irrévocablement l'héritier dans la position où l'avait placé soit la saisine, soit la répudiation.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — Les congrégations religieuses autorisées n'ont pas le caractère d'établissements publics, ni de sociétés, mais simplement celui d'établissements d'utilité publique.

II. — Les villes et les établissements publics qui contractent des emprunts par voie d'émission publique, ne peuvent émettre que des titres au porteur ou des titres transmissibles par voie d'endossement, et on ne saurait arguer pour prétendre le contraire de l'illégalité des dispositions du décret du 23 juin 1879 (*Journal officiel* du 17 juillet 1879), qui contient des dispositions en ce sens.

DROIT FISCAL

I. — Les congrégations religieuses autorisées doivent, comme les congrégations non autorisées, le droit d'accroissement en vertu de l'article 9 de la loi du 28 décembre 1884.

II. — L'abandon fait par le mari à la femme, d'immeubles de la communauté en remploi de ses propres aliénés, constitue une dation en paiement passible non-seulement du droit de transcription, mais encore du droit proportionnel de vente.

Vu :
Nancy, le 9 mai 1891.
Le Président de la thèse,
E. BINET.

Vu :
Nancy, le 9 mai 1891.
Le Doyen,
E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 9 mai 1891.
Le Recteur,
E. MOURIN.